

# ***TESIS DOCTORAL***

**TERRORISMO Y DERECHO DE DEFENSA.  
DE LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES  
A LA INVESTIGACIÓN PENAL CONTRATERRORISTA**

**Autor:**

*Raúl Gabriel Sánchez Gómez*

**Director/es:**

Vicente Carlos Guzmán Fluja.  
José Antonio Colmenero Guerra

**Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.**

***Getafe, enero 2014***

# ÍNDICE

ÍNDICE .....	2
ABREVIATURAS .....	8
INTRODUCCIÓN.....	13

## **CAPÍTULO PRIMERO:**

### **EL DERECHO DE DEFENSA**

I. EL CONFLICTO PENAL Y SUS MÉTODOS DE COMPOSICIÓN. ....	22
1. LA AUTOTUTELA. ....	24
2. LA AUTOCOMPOSICIÓN. ....	26
a) La incidencia de las fórmulas autocompositivas en el proceso penal. ....	27
b) La conformidad penal. ....	30
c) La mediación penal. ....	34
3. LA HERETOCOMPOSICIÓN.....	39
II. COMPOSICIÓN Y PROCESO PENAL. ....	44
1. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. ....	45
2. EL DERECHO AL RECURSO LEGALMENTE ESTABLECIDO. ....	48
3. LA ARTICULACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL ORDEN JURISDICCIONAL PENAL. ....	52
III. EL ADECUADO EQUILIBRIO QUE HA DE INFORMAR EL PROCESO PENAL. ....	57
1. EL DERECHO A LA SEGURIDAD: UNA PREOCUPANTE INDEFINICIÓN. ....	61
2. LA DEMANDA DE SEGURIDAD FRENTE A LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ....	64
IV. EL CONCEPTO DE DEFENSA. ....	67
V. EL MARCO JURÍDICO DEL DERECHO DE DEFENSA. ....	68
1. EL NACIMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA. ....	72
2. EL CONCEPTO DE IMPUTACIÓN. ....	75
3. LA FORMULACIÓN Y EL TRASLADO DE CARGOS COMO INSTITUTOS AUTÓNOMOS. ....	76
4. LA IMPUTACIÓN Y EL DERECHO DE DEFENSA. ....	79
5. LA VERTIENTE FORMAL DE LA IMPUTACIÓN: ACTUACIONES EN SEDE JURISDICCIONAL. ....	81
6. LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA IMPUTACIÓN JUDICIAL. ....	83
7. EL CONTENIDO QUE INFORMA EL TRASLADO DE CARGOS Y LA IMPUTACIÓN FORMAL. ....	84
a. El contenido del traslado de cargos. ....	84
b. El contenido de la imputación formal. ....	86
8. A MODO DE IMPUTACIÓN EXTRAJUDICIAL.....	87
VI. PRESUPUESTOS QUE INFORMAN EL DERECHO DE DEFENSA.....	90
1. EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.....	90
2. EL DERECHO A SER INFORMADO DE LA ACUSACIÓN. ....	95
VII. LOS DERECHOS INSTRUMENTALES AL DERECHO DE DEFENSA. ....	98
1. EL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA. ....	98
2. EL DERECHO A UTILIZAR LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES PARA SU DEFENSA. ....	100
3. EL DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO Y A NO CONFESARSE CULPABLE. ....	103
VIII. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL DERECHO A LA ASISTENCIA Y DEFENSA LETRADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. ....	106
1. FORMA DE DESIGNACIÓN DEL ABOGADO DEFENSOR. ....	106
2. FINALIDAD DEL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA. ....	106
3. EL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA.....	107
a) La decisión judicial sobre el derecho de asistencia jurídica gratuita. ....	112
b) Contenido prestacional del derecho de asistencia jurídica gratuita.....	115
4. LA OBLIGATORIEDAD DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA. ....	116
a) Diligencias de investigación. ....	117

b) Según el estadio procesal en que nos encontremos.....	124
c) Otros sujetos procesales.....	126
d) La suspensión de las actuaciones por falta de asistencia letrada.....	127
e) La renuncia a la asistencia letrada. ....	129
5. LA AUTODEFENSA.....	130

## **CAPÍTULO SEGUNDO**¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.:

### **EL NÚCLEO ESENCIAL DEL DERECHO DE DEFENSA EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS**

I. INTRODUCCIÓN.....	136
II. LOS PRESUPUESTOS QUE INFORMAN EL DERECHO DE DEFENSA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL. ....	137
III. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL DERECHO A LA ASISTENCIA Y DEFENSA LETRADA EL ÁMBITO INTERNACIONAL. ....	155
IV. BREVES NOTAS DE DERECHO COMPARADO. ....	175

## **CAPÍTULO TERCERO:**

### **LA SUSPENSIÓN PREVISTA RESPECTO DEL CONTENIDO DEL ART. 17.2 CE**

I. LA MEDIDA CAUTELAR DE DETENCIÓN.....	182
1. FINALIDAD PERSEGUIDA A TRAVÉS DE LA MEDIDA CAUTELAR DE DETENCIÓN.....	183
2. NATURALEZA CAUTELAR DE LA MEDIDA. ....	186
3. LAS CAUSAS DE DETENCIÓN PREVISTAS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. ....	187
II. LÍMITES TEMPORALES QUE INFORMAN LA DETENCIÓN PREVENTIVA PRACTICADA POR LA AUTORIDAD GUBERNATIVA. ....	188
1. LÍMITE TEMPORAL ORDINARIO QUE PRESIDE LA DETENCIÓN POR DELITOS COMUNES. ....	188
2. LA POSIBILIDAD DE PRORROGAR EL PLAZO MÁXIMO DE DETENCIÓN.....	193
2.1. Límite temporal de detención respecto de los tipos delictivos contenidos en el art. 384 bis LEcrim. ....	194
2.2. Acerca de los plazos de detención y prórroga.....	196
3. DETERMINACIÓN DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES COMPETENTES PARA ACORDAR LA PRÓRROGA DE LA DETENCIÓN.....	197
4. LA NECESARIA INTERVENCIÓN JUDICIAL.....	198
III. LA ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO.....	199
IV. OTROS DERECHOS QUE ASISTEN AL SUJETO DETENIDO.....	204
V. EL PROCEDIMIENTO DE HABEAS CORPUS.....	209
1. PRESUPUESTO MATERIAL DEL PROCEDIMIENTO DE HABEAS CORPUS: LA DETENCIÓN. ....	210
2. LA INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE HABEAS CORPUS.....	211
3. DETERMINACIÓN DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES COMPETENTES PARA CONOCER DEL PROCEDIMIENTO DE HABEAS CORPUS. ....	216
VI. LA DETENCIÓN INCOMUNICADA.....	219
1. PRINCIPIOS QUE INFORMAN LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA MEDIDA.....	221
1.1. El principio de necesidad y la detención incomunicada.....	221
1.2. La exigencia de motivación respecto de las resoluciones que acuerdan la detención en régimen de incomunicación. ....	223
a) Cuestiones doctrinales.....	224
b) La afectación de derechos que la inobservancia de la exigencia de motivación conlleva. ....	225
c) Motivación por remisión.....	226
2. DERECHOS AFECTADOS A CONSECUENCIA DE LA DETENCIÓN ACORDADA EN RÉGIMEN DE INCOMUNICACIÓN.....	227

a) Garantías frente a eventuales vulneraciones de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 15 CE. ....	231
b) La asistencia sanitaria al sujeto privado de libertad en situación de incomunicación.....	231
c) La confidencialidad de la relación médico-paciente. ....	233
d) La video-grabación del espacio donde se encuentre el sujeto privado de libertad en régimen de incomunicación. ....	235
e) La articulación de un sistema de recursos real y efectivo. ....	236
3. A MODO DE CONCLUSIÓN. ....	239
4. LA FINALIDAD DE LA DETENCIÓN INCOMUNICADA Y EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA DEL SUJETO SOMETIDO A INCOMUNICACIÓN. ....	239
5. LÍMITES TEMPORALES PREVISTOS PARA LA DETENCIÓN INCOMUNICADA. ....	244
6. DETERMINACIÓN DE LOS ÓRGANOS GUBERNATIVOS Y JUDICIALES COMPETENTES PARA ACORDAR LA INCOMUNICACIÓN. ....	245
7. PROCEDIMIENTO DE ELEVACIÓN DE MERA DETENCIÓN AL RÉGIMEN DE DETENCIÓN INCOMUNICADA EN LOS SUPUESTOS DEL ART. 384 BIS LECRIM. ....	247
8. APUNTE FINAL. ....	250

## **CAPÍTULO CUARTO:**

### **LA SUSPENSIÓN PREVISTA RESPECTO DEL CONTENIDO DEL ART. 18.2 CE**

I. EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVIOABILIDAD DOMICILIARIA. ....	252
II. LA ENTRADA Y EL REGISTRO DOMICILIARIO. ....	257
III. CUESTIONES PROCESALES ATINENTES A LA ENTRADA Y AL REGISTRO ACORDADOS EN SEDE JUDICIAL. ....	260
1. DETERMINACIÓN DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES COMPETENTES PARA LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA LIMITATIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVIOABILIDAD DOMICILIARIA. ....	260
2. LA OBLIGADA APERTURA DE UN PROCESO PENAL. ....	265
3. LA EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN QUE INFORMA LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVIOABILIDAD DOMICILIARIA. ....	266
4. CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO ATINENTES A LA ENTRADA Y AL REGISTRO ACORDADOS EN SEDE JUDICIAL. ....	270
4.1. La resolución judicial que acuerda la intromisión domiciliaria. ....	270
4.2. Espacio temporal oportuno para practicar las actuaciones. ....	273
4.3. Notificación a los sujetos afectados. ....	275
4.4. Práctica de las actuaciones. ....	276
4.5. La entrada en domicilio. ....	276
4.6. Particularidades del registro. ....	277
a) Sujetos intervinientes en el registro. ....	277
b) Procedimiento que informa la práctica del registro. ....	280
IV. LA PRESTACIÓN DE CONSENTIMIENTO POR PARTE DEL TITULAR DEL DOMICILIO COMO PRESUPUESTO HABILITANTE DE LA LIMITACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVIOABILIDAD DOMICILIARIA. ....	281
V. LAS PREVISIONES CONTENIDAS EN EL ART. 553 LECRIM. ....	283
1. SUPUESTOS CONTENIDOS EN EL ART. 553 LECRIM. ....	283
2. LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y DE REGISTRO DOMICILIARIO PREVISTA FRENTE A LOS DELITOS CONTENIDOS EN EL ART. 384 BIS LECRIM. ....	287
2.1. Presupuestos que sostienen las previsiones del art. 553 LEcrim. ....	288
a) La consideración de los casos de excepcional o urgente necesidad. ....	288
b) La especialidad delictiva prevista en el art. 384 bis LEcrim. ....	290
2.2. Ámbito espacial susceptible de entrada y de registro. ....	291
2.3. El objeto de la intervención domiciliaria. ....	292
2.4. La determinación de los órganos gubernativos competentes para acordar la limitación del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria. ....	296

2.5. Cuestiones de procedimiento relativas a las actuaciones previstas en el art. 553 LEcrim. ....	299
a) La forma de notificar las actuaciones gubernativas al titular del domicilio. ....	299
b) La obligación gubernativa de comunicación inmediata al órgano judicial competente. ....	300
c) Forma que adopta la inmediata comunicación gubernativa al órgano judicial competente. ....	302
2.6. La necesaria intervención judicial. ....	302

## **CAPÍTULO QUINTO:**

### **LA SUSPENSIÓN PREVISTA RESPECTO DEL CONTENIDO DEL ART. 18.3 CE**

I. INTRODUCCIÓN. ....	307
1. ASPECTOS GENERALES QUE INFORMAN EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES. ....	309
2. PARÁMETROS QUE INFORMAN LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LA MEDIDA LIMITATIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES. ....	314
II. LAS PREVISIONES CONTENIDAS EN EL APARTADO TERCERO DEL ART. 579 LECRIM. ....	317
1. ÁMBITO DE APLICACIÓN. ....	319
1.1. La obligada presencia de suficientes indicios de responsabilidad criminal. ....	320
a) Concepto de indicios de responsabilidad criminal. ....	320
b) El carácter objetivo de los indicios de responsabilidad criminal. ....	321
1.2. La observación de comunicaciones instrumentales. ....	322
2. CUESTIONES REFERENTES A LA OBSERVACIÓN DE LAS COMUNICACIONES PREVISTA EN SEDE JUDICIAL. ....	323
2.1. La determinación de los órganos judiciales competentes para la adopción de la medida limitativa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. ....	323
2.2. Límites temporales que presiden la observación de las comunicaciones. ....	327
2.3. Secreto de sumario versus plazo de observación de comunicaciones. ....	328
a) Dualidad de plazos. ....	329
b) ¿Hasta dónde alcanza el secreto de sumario? ....	330
III. LAS PREVISIONES CONTENIDAS EN EL APARTADO CUARTO DEL ART. 579 LECRIM. ....	337
1. ÁMBITO DE APLICACIÓN. ....	338
1.1. El carácter urgente de las actuaciones a practicar. ....	338
1.2. La especialidad delictiva prevista en el art. 579.4 LEcrim. ....	341
1.3. Comunicaciones susceptibles de observación a tenor del art. 579.4 LEcrim. ....	342
2. LA DETERMINACIÓN DE LOS ÓRGANOS COMPETENTES PARA ACORDAR LA OBSERVACIÓN DE LAS COMUNICACIONES. ....	345
2.1. La observación de comunicaciones acordada por la autoridad gubernativa. ....	345
2.2. Observación de comunicaciones acordada previa resolución judicial. ....	347
3. EL CUMPLIMIENTO DE LA EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES LIMITATIVAS DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES. ....	349
3.1. La exigencia general de motivación judicial. ....	349
3.2. La exigencia de motivación judicial respecto de la posibilidad de prorrogar la situación de observación de las comunicaciones. ....	350
3.3. Motivación judicial por remisión. ....	350
3.4. La exigencia de motivación impuesta a la autoridad gubernativa. ....	351
4. CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO RELATIVAS A LA OBSERVACIÓN DE COMUNICACIONES PREVISTA EN EL ART. 579.4 LECRIM. ....	352
4.1. La comunicación gubernativa al órgano judicial competente: la necesidad de un control judicial efectivo. ....	353
4.2. Cómputo de los plazos que informan la observación de comunicaciones prevista en el art. 579.4 LEcrim. ....	354
5. NOTIFICACIÓN A LOS SUJETOS AFECTADOS POR LA OBSERVACIÓN DE LAS COMUNICACIONES. ....	355
6. LA ARTICULACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN TRAS LA INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES. ....	356
7. A MODO DE PROPUESTA. ....	359
IV. LA OBSERVACIÓN DE COMUNICACIONES CON EL ABOGADO DEFENSOR. ....	363

1. LA INTERRELACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS POR LA OBSERVACIÓN DE COMUNICACIONES. ....	363
2. LA LEGITIMIDAD DE LA OBSERVACIÓN DE LAS COMUNICACIONES HABIDAS CON EL LETRADO DEFENSOR. ....	365
3. LA OBSERVACIÓN DE LAS COMUNICACIONES HABIDAS CON EL LETRADO DEFENSOR EN LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL DE LOS DELITOS DE TERRORISMO. ....	368
3.1. La intervención de comunicaciones habidas con el abogado defensor acordada en el marco de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. ....	368
3.2. La observación de comunicaciones habidas con el abogado defensor acordada en el marco de la legislación penitenciaria. ....	370
a) La regulación contenida en la Ley Orgánica General Penitenciaria. ....	371
b) La regulación contenida en el Reglamento Penitenciario. ....	373
<b>CONCLUSIONES</b> .....	376
<b>COMPENDIO DE SENTENCIAS</b> .....	392
COMPENDIO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO. ....	393
COMPENDIO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ....	396
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	400

## **ABREVIATURAS**



A. G.	Asamblea General.
AN	Audiencia Nacional.
AP / AAPP	Audiencia Provincial / Audiencias Provinciales.
art. / arts.	Artículo / artículos.
ATC	Auto del Tribunal Constitucional.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
c.	Contra.
CE	Constitución Española.
/CE/	Comunidad europea.
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950.
Ch.	Acrónimo de Capítulo (Chapter).
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Coords.	Coordinadores.
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
CPP	Acrónimo de Código Procesal Penal Italiano.
Dir. Pen. e proc.	Acrónimo de Derecho penal y procesal (Diritto penale e procedura).
ed.	Edición.

EOMF	Ley 50/ 1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
etc.	Etcétera.
Fed.	Federal.
F. J.	Fundamento Jurídico.
FR.	Acrónimo de Código de Regulaciones Federales.
Ibíd.	En el mismo lugar.
JV	Jurisdicción Voluntaria.
LAJG	Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LEcrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LOGP	Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
LOHC	Ley orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de habeas corpus.
LOMIVG	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LOPM	Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.
nº	Número.
N.U.	Naciones Unidas.

ob. cit.	Obra citada.
p. / pp.	Página / páginas.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966.
Pub. L.	Acrónimo de Derecho Público (Public Law).
RCIDH	Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
ref.	Referencia.
Reg.	Acrónimo de Registro (Register).
RP	Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.
SCIDH	Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
ss.	Siguientes.
Stat.	Acrónimo de Estatutos (Statutes).
STC/SSTC	Sentencia del Tribunal Constitucional/ Sentencias del Tribunal Constitucional.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
StPO	Acrónimo de Código Procesal Penal alemán.
STS/SSTS	Sentencia del Tribunal Supremo/ Sentencias del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
trad.	Traducción.
TS	Tribunal Supremo.
TUE	Tratado de la Unión Europea de 7 de diciembre de 1992.
UE	Unión Europea.
US	Acrónimo de Estados Unidos de Norteamérica (United States).
USC	Acrónimo de Código de Estados Unidos de Norteamérica (United State Code).
v.	Versus.
vid.	Véase.
Vol. / Vols.	Volumen/volúmenes.

# **INTRODUCCIÓN**

La actual normativa procesal penal ante al fenómeno del terrorismo trae causa en la conocida Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>1</sup>. Dicha normativa, supuso la consolidación, *sui generis*, de medidas excepcionales restrictivas de derechos fundamentales, configurando el estatuto básico del detenido por causa de terrorismo, y desarrollando las previsiones contenidas en el art. 55.2 CE. Como refiere CHIAVARO, cada época, se puede decir cada ambiente social, elabora su propia idea de los *crimina excepta*. Delitos graves y alarmantes, subversivos del orden social, son perseguidos con una determinación frecuentemente superior a la utilizada para reprimir los delitos comunes y empleando instrumentos procesales excepcionales<sup>2</sup>.

Por tanto, la actual normativa debe ser comprendida desde las circunstancias de los tiempos en que está llamada a promulgarse, y más aún, aplicarse<sup>3</sup>. A tal efecto, proponemos considerar la siguiente gráfica que refleja el número de atentados sucedidos entre 1968 y 2010, respecto de la organización terrorista Euskadi Ta Askatasuna (E.T.A.), sin que por ello podamos desdeñar la existencia de otras organizaciones terroristas, que dispusieron sus actividades en las referidas fechas:<sup>4</sup>

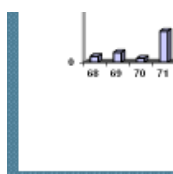
---

<sup>1</sup> Ciertamente con anterioridad a dicha fecha existen precedentes normativos en el siglo XIX, con la Ley de 10 de julio de 1894, sobre atentados contra las personas o daño en las cosas cometido por medio de aparatos o sustancias explosivas, e indudables trasgresiones en los derechos y garantías de los ciudadanos en la época dictatorial, mediante normativas que tenían la principal finalidad de preservar un concepto de seguridad y de orden público del mismo corte. Ya en los albores de la reinstauración democrática puede acudir al Real Decreto Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana.

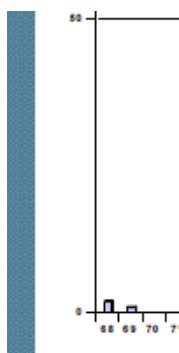
<sup>2</sup> CHIAVARO, «La justicia penal italiana, a la búsqueda continua de un proceso justo», en *Terrorismo y Proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

<sup>3</sup> Para una visión jurisprudencial de conjunto puede acudir al CAMPO MORENO, *La represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, Editorial General de Derecho, Sedavi (Valencia), 1997.

<sup>4</sup> Nuestro más sincero agradecimiento a la Jefatura de Información de Madrid de la Guardia Civil por los datos facilitados.



En cuanto al número de personas fallecidas:



En cuanto a las detenciones practicadas:



Por su parte, el nuevo modelo de organización terrorista, de carácter global,<sup>5</sup> golpeó duramente a la Sociedad española como consecuencia de los atentados sucedidos en la estación de trenes de Atocha, Madrid, el día 11 de marzo de 2004, dejando el mayor

---

<sup>5</sup> Según REINARES, «La diversidad de la amenaza yihadista», en *Lavozdigital.es*, 2013 (ref. de 18 de diciembre de 2013), disponible en Web: <http://www.realinstitutoelcano.org>, el terrorismo global es en la actualidad un fenómeno polimorfo, con tres componentes básicos. En primer lugar, Al-Qaida como estructura terrorista global, incluyendo tanto a su matriz en el noroeste de Pakistán -la llamada Al- Qaida central- como a sus extensiones en Yemen, Irak y el Magreb. En segundo lugar, el heterogéneo y variable conjunto de organizaciones alineadas o asociadas con Al-Qaida o algunas de sus ramificaciones, desde el Movimiento por la Unidad y la Yihad en África Occidental (MUYAO), Boko Haram en Nigeria o Al Shabab en Somalia hasta Therik e Taliban Pakistan (TTP). El tercer componente del terrorismo global lo constituye un indeterminado pero significativo número de células e individuos que, si bien igualmente inspirados en la común ideología del salafismo yihadista, se conducen de manera independiente. Asimismo, REINARES, «El terrorismo global: un fenómeno polimorfo», en *ARI*, nº 84, 2008, (ref. de 18 de diciembre de 2013), disponible en Web: [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org).



balance de víctimas por atentado terrorista habido hasta la fecha en nuestro país. Ciertamente, este nuevo modelo de organización terrorista, entendido desde una óptica global, impone atender a sus causas y delimitar estrategias acorde con las estructuras y dinámicas de actuación de las mismas. Hemos de significar, ya desde el inicio, que las razones que motivaron la promulgación de la vigente legislación en materia de terrorismo, difieren sustancialmente de aquellas que pudieran actuarse frente a la tipología global comentada. La respuesta político-criminal y normativa que se implemente en lo sucesivo, habrá de tomar en consideración las especialidades que presenta el terrorismo global, hoy focalizado en los aspectos comentados,<sup>6</sup> y muy especialmente, el componente socio - educativo presente en sus estructuras<sup>7</sup>. En otras

---

<sup>6</sup> Como sostiene REINARES, «Reversión de la amenaza yihadista» en *Nueva Revista*, nº. 143, 2013, (ref. de 18 de diciembre de 2013), disponible en Web: [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org), por una parte, la amenaza del terrorismo yihadista ha dejado de existir para los países del mundo occidental, aunque buena parte de quienes lo practican estén temporal y parcialmente dando prioridad a sus intervenciones en la pugna por el poder desatada en distintos lugares del norte de África y Oriente Medio –sin olvidar, por cierto, las contiendas propias de otros escenarios continuados de conflicto en el sur de Asia o el norte del Cáucaso–. Por otra parte, tampoco es cierto que dicha amenaza en las sociedades abiertas proceda principalmente, menos aún en sus expresiones más espectaculares y potencialmente más letales, de individuos o células yihadistas independientes. Aun cuando lo ocurrido recientemente en Boston y en Londres parezca indicar lo contrario.

<sup>7</sup> A tal respecto sostienen GARCÍA CALVO y REINARES, «Procesos de radicalización violenta y terrorismo yihadista en España: ¿cuándo? ¿dónde? ¿cómo?», en *DT*, 16/2013, (ref. de 18 de diciembre de 2013), disponible en Web: <http://www.realinstitutoelcano.org>, que pese a tratarse básicamente de extranjeros, siete de cada 10 individuos condenados por actividades relacionadas con el terrorismo yihadista o muertos en acto de terrorismo suicida en España entre 1996 y 2012, se radicalizaron total o parcialmente en nuestro país. Los procesos de radicalización yihadista han afectado especialmente a musulmanes varones y menores de 30 años, residentes en áreas metropolitanas de la Comunidad de Madrid, Cataluña y la Comunidad Valenciana. Ceuta emerge como otro escenario destacado. Domicilios privados y lugares de culto islámico son los ámbitos más propicios para la radicalización yihadista, adquiriendo creciente importancia las prisiones. Dicho proceso se lleva típicamente a cabo en compañía de otros y bajo el influjo de agentes de radicalización como activistas carismáticos o figuras religiosas, aunque el entorno social de un individuo es decisivo. En la mayoría de los casos, la modalidad del proceso es de arriba abajo o *top-down*, lineal y progresivo. Durante el mismo se combinan el uso de materiales impresos, soportes audiovisuales e Internet. Hay grandes variaciones de unos casos a otros, pero entre el inicio del proceso de radicalización yihadista y la implicación efectiva de un individuo en actividades relacionadas con el terrorismo, transcurren como media entre cuatro y cinco años.

palabras, la perspectiva que se adopte frente al terrorismo global habrá de ser asimétrica<sup>8</sup>.

Dicho lo anterior, habremos de comenzar nuestro análisis partiendo de la normativa prevista para la investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo. A tal fin, el art. 55.2 CE habilita la adopción de una serie de medidas suspensivas cuyos fines se concretan, por un lado, en facilitar las investigaciones relativas a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y, por otro lado, en limitar las facultades legislativas y gubernativas en la lucha contra el terrorismo<sup>9</sup>. De esta forma, dispone el citado precepto:

*“Una Ley Orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2 y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.”*

Será entonces a través de la citada Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, que se desarrollarán tales premisas, previéndose la modificación, entre otros, de los arts. 520 bis., 553, y 579, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Para determinar el alcance de lo anteriormente apuntado, se tratará de combinar los dos elementos esenciales, quizás los de mayor calado, que informan el contenido del art.

---

<sup>8</sup> McCUE, «Terrorism as a failed brand», *TEDTV*, 2012, (ref. de 1 de noviembre de 2012), disponible en Web: [www.tedtv.com](http://www.tedtv.com). Asimismo, STEPANOVA, *Terrorism in asymmetric conflict. Ideological and structural aspects*, SIPRI, Oxford, 2008; PFANNER, «Asymmetrical warfare from the perspective of humanitarian law and humanitarian action», *International Review of the Red Cross*, 2005, Vol. 87, nº 857. Aunque no compartimos plenamente determinados aspectos del estudio, en particular aquellos que disocian los elementos de referencia, puede acudir a KRUEGER y MALECKOVA, «Education, Poverty and Terrorism: Is There a Causal Connection?», *The Journal of Economic Perspectives*, 2003, Vol. 17, nº 4.

<sup>9</sup> REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo: la suspensión individual de derechos y garantías*, Colex, Madrid, 1999, pp. 292 y ss. Según el citado autor las características que presiden el art. 55.2 CE podrían ser reconducidas a las siguientes notas: 1) es una medida de desarrollo potestativo, 2) de aplicación excepcional, 3) de carácter individual, 4) de contenido suspensivo limitado, 5) restringida a las investigaciones por la actuación de bandas armadas y elementos terroristas, 6) es una medida cuya aplicación no puede ser abusiva ni arbitraria. *Ibid.*, pp. 179 - 244.

55.2 CE, esto es, por un lado, describir la posibilidad de suspensión: su naturaleza, contenido y presupuestos; y por otro lado, delimitar la necesaria intervención judicial que ha de presidir tales limitaciones, pues como vino a señalar la STC 199/1987, de 16 de diciembre (F. J. 7º): *“no cabe sacrificar enteramente ninguno de los dos contenidos del art. 55.2 de la Constitución, ya sea la necesaria intervención judicial a la suspensión, ya sea esta última a la primera, pues la Constitución trata de hacer compatibles la suspensión de los derechos y la intervención judicial al respecto. Nos encontramos en un supuesto característico de aplicación del llamado «principio de concordancia práctica» que impone tratar de hacer compatible la suspensión de los derechos y la intervención judicial.”*

De esta forma, la necesaria intervención judicial debe ser contemplada desde la perspectiva que impone cada limitación, esto es, la diferente naturaleza de cada derecho fundamental afectado obliga también a un diverso enfoque de la intervención judicial<sup>10</sup>. Asimismo, con anterioridad al desarrollo pormenorizado de cada mecanismo suspensivo, se ha optado por acotar las garantías específicas que asisten a cada derecho fundamental en situaciones de limitación ordinaria, esto es, en qué condiciones y bajo qué presupuestos, un derecho fundamental de los que venimos tratando puede llegar a verse limitado en situaciones ajenas al art. 55.2 CE. Se ha pretendido concretar aquello que puede ser objeto de suspensión, para en un momento posterior determinar tanto la configuración que la suspensión presenta como las garantías que deben rodear la misma<sup>11</sup>.

Sin embargo, la legislación procesal penal que regula la investigación y enjuiciamiento de los delitos relativos al terrorismo ha concluido afectando derechos y garantías fundamentales ajenas a la previsión constitucional. Entre estos derechos fundamentales,

---

<sup>10</sup> VÍRGALA FORURIA, «La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español», en *Revista española de derecho constitucional*, 1994, nº 40, p. 89. En sentido similar, FERNÁNDEZ SEGADO, «La suspensión individual del ejercicio de derechos fundamentales», en *Revista de estudios políticos*, 1983, nº 35, p. 155.

<sup>11</sup> Como sostuvo FERNÁNDEZ SEGADO, «La suspensión de garantías constitucionales en la nueva constitución española», en *Revista de Estudios políticos*, nº 7, 1979, p. 14, la constitucionalidad de una suspensión de derechos parcial, en cuanto a las personas objeto de la misma, exige que la Ley Orgánica que desarrolle esta peliaguda cuestión establezca una serie de garantías adicionales lo suficientemente sólidas como para que el recurso a una suspensión de esta índole no sea vía conducente a un permanente, indiscriminado y arbitrario estado excepcional.

la esencia misma del proceso penal moderno, el derecho de defensa, cuya articulación y contenido se verá modulado a lo largo del desarrollo de las diferentes fases procesales por las que atraviese la dinámica investigadora, reapareciendo no sin matices, con una vocación de mayor plenitud, en el momento del juicio oral. Como tendremos ocasión de apuntar, los anteriores datos abonan la creación de espacios de actuación que fomentan un desequilibrio manifiesto, entre las partes, en el proceso penal en el que se dilucidan responsabilidades por causa de terrorismo, atemperado, hasta el momento, por la garantía jurisdiccional que ha de informar las actuaciones investigadoras, pero sobre todo enjuiciadoras. La cuestión principal radica entonces, en considerar cuándo y bajo qué parámetros resulta posible legitimar dicho desequilibrio, y asimismo, qué mecanismos de contención serán introducidos en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo para mitigar las consecuencias del mismo.

**CAPÍTULO PRIMERO:**

**EL DERECHO DE DEFENSA**

## SUMARIO

### **I. EL CONFLICTO PENAL Y SUS MÉTODOS DE COMPOSICIÓN.**

1. La autotutela; 2. La autocomposición: a) La incidencia de las fórmulas autocompositivas en el proceso penal; b) La conformidad penal; c) La mediación penal; 3. La heterocomposición.

### **II. COMPOSICIÓN Y PROCESO PENAL**

1. El derecho a la tutela judicial efectiva; 2. El derecho al recurso legalmente establecido; 3. La articulación del derecho a la tutela judicial efectiva en el orden jurisdiccional penal.

### **III. EL ADECUADO EQUILIBRIO QUE HA DE INFORMAR EL PROCESO PENAL.**

1. El derecho a la seguridad: una preocupante indefinición; 2. La demanda de seguridad frente a la garantía de los derechos fundamentales.

### **IV. EL CONCEPTO DE DEFENSA.**

### **V. EL MARCO JURÍDICO DEL DERECHO DE DEFENSA.**

1. El nacimiento del derecho de defensa; 2. El concepto de imputación; 3. La formulación y el traslado de cargos como institutos autónomos; 4. La imputación y el derecho de defensa; 5. La vertiente formal de la imputación: actuaciones en sede jurisdiccional; 6. Los sujetos que intervienen en la imputación judicial; 7. El contenido que informa el traslado de cargos y la imputación formal: a) El contenido del traslado de cargos; b) El contenido de la imputación formal; 8. A modo de imputación extrajudicial.

### **VI. PRESUPUESTOS QUE INFORMAN EL DERECHO DE DEFENSA.**

1. El principio de contradicción; 2. El derecho a ser informado de la acusación.

### **VII. LOS DERECHOS INSTRUMENTALES AL DERECHO DE DEFENSA.**

1. El derecho a la asistencia letrada; 2. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa; 3. El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

### **VIII. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA Y ASISTENCIA LETRADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.**

1. Forma de designación del abogado defensor; 2. Finalidad del derecho a la asistencia letrada; 3. El derecho a la asistencia jurídica gratuita: a) La decisión judicial sobre el derecho de asistencia jurídica gratuita; b) Contenido prestacional del derecho de asistencia jurídica gratuita; 3. La obligatoriedad del ejercicio del derecho a la asistencia letrada: a) Diligencias de investigación; b) Según el estadio procesal en que nos encontremos; c) Otros sujetos procesales; d) La suspensión de las actuaciones por falta de asistencia letrada; e) La renuncia a la asistencia letrada; 4. La autodefensa.

## **I. EL CONFLICTO PENAL Y SUS MÉTODOS DE COMPOSICIÓN.**

La convivencia en Sociedad faculta el desarrollo de los seres humanos que la componen, así como facilita el progreso de la colectividad en que los anteriores sujetos individuales se insertan. Sin embargo, la interacción social no siempre resulta del todo pacífica. Constantes son las fuentes de conflictos y controversias que se suscitan, tanto entre particulares, grupos sociales determinados o susceptibles de determinación, entidades públicas y privadas, el propio Estado<sup>12</sup>. Sabido es que permanecer asentados en el conflicto impide el aseguramiento de la paz social, la más esencial de las vías que permite el citado desarrollo, tanto a nivel individual como grupal. De esta forma, hemos

---

<sup>12</sup> Más aún si consideramos el auge de las nuevas tecnologías aplicadas a la información, y la interconexión que posibilita en la formación de ideas y opiniones, cuando no de intereses y resultados. Con la firme convicción de que las nuevas tecnologías aplicadas a la información y al conocimiento potenciarán la creación de una Sociedad más plural, independiente y respetuosa con los derechos humanos, pasando de la lucha por la libertad, “*fight for freedom*”, a la libertad de decidir por qué luchar.

convenido que el Derecho, creador de normas y mandatos que disciplinan las relaciones jurídicas, delimitará los parámetros básicos dentro de los cuales han de desenvolverse tales relaciones<sup>13</sup>, determinando las consecuencias que habrán de derivarse de eventuales contravenciones, así como, diseñando las oportunas vías de reclamación a través de las cuales canalizar la resolución de conflictos. Como ya dijera CARNELUTTI, la noción de interés resulta fundamental para el estudio del Derecho<sup>14</sup>. De la contraposición de dos intereses, nace pues la pretensión de resistir frente el interés ajeno, lo cual puede derivar en conflictividad. Evidentemente, nada impide la satisfacción subordinada del interés ajeno. Llegados a este punto, frente al peligro que entraña el recurso a la violencia, la propia Sociedad reclamará la protección de un interés colectivo de corte esencial, como es aquel que se residencia en la composición pacífica de los conflictos a través del Derecho. La salvaguarda de la paz social se convierte, de esta forma, en un elemental baluarte de progreso y civilidad.

En la materia procesal penal que nos ocupa, el conflicto presenta una vertiente intersubjetiva y una vertiente social. La primera de estas hace referencia al conflicto que se plantea entre víctima y victimario, cuya composición tendrá un contenido y unos límites específicos. En el ordenamiento jurídico español, la vertiente intersubjetiva del conflicto encuentra su acomodo en las propias leyes de enjuiciamiento criminal, al disponerse el instituto de la acusación no oficial, es decir, mediante el ejercicio de la acusación particular, ejercitada por la propia víctima o quien legítimamente ocupe tal posición, y la acción popular, en defensa de los intereses generales. De otro lado, la vertiente social del conflicto refiere la existencia de una controversia entre el victimario y la propia Sociedad, interesada en la prevención y represión de los delitos y las faltas.

---

<sup>13</sup> MORENO CATENA, «La jurisdicción y el Poder Judicial», en *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 35.

<sup>14</sup> Entendiendo por interés la posición favorable a la satisfacción de una necesidad que tendrá por objeto un bien y por sujeto a una persona. Limitados los bienes e ilimitadas las necesidades, surge el conflicto, esto es, cuando la situación favorable a la satisfacción de una necesidad, excluye la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta. CARNELUTTI, *Sistema del Derecho Procesal Civil*, Uteha, Argentina, 1944, p. 11. Sin embargo, como sostuvo GIMENO SENDRA, *Fundamentos de Derecho procesal (jurisdicción, acción y proceso)*, Civitas, Madrid, 1981, p. 21, a nadie se le oculta que el alcance de las mismas puede ser más amplio, inclusive fuera del campo estrictamente económico.

Ambas vertientes, intersubjetiva y social, han de vincular la composición del conflicto<sup>15</sup>.

Dicho lo anterior, tres son los modos que se han venido admitiendo en la resolución de tales controversias: la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición. Tales posibilidades encuentran sus principales diferencias en función del rol que las partes, o terceros ajenos a la controversia, están llamados a desempeñar en la pacificación del conflicto.

### **1. La autotutela.**

Nos encontraríamos ante la primera de las anteriores fórmulas cuando una de las partes pone fin a la contienda mediante resolución coactiva, generalmente en detrimento de los intereses de la parte contraria. La solución adoptada, o mejor dicho impuesta, se torna parcial en cuanto el litigio se compone por decisión unilateral de quien se encuentra en una posición de supremacía, pudiendo significar la observancia forzada de unos intereses respecto de otros. Las características esenciales que informan la autotutela, se corresponden con la ausencia de órgano decisor distinto de las partes, y la imposición de la decisión por una de las partes a la contraria<sup>16</sup>.

Tradicionalmente, la autotutela refiere épocas donde las fórmulas de resolución de conflictos aparecían directamente vinculadas al empleo de la fuerza vindicativa, desde la perspectiva que aportaba una arcaica consideración del derecho al honor y la

---

<sup>15</sup> Para GIMENO SENDRA, *Fundamentos de Derecho procesal (jurisdicción, acción y proceso)*, ob. cit., p. 21, en el proceso penal el conflicto entre ofensor y ofendido permanece en un segundo plano, limitado a la esfera de la pretensión civil derivada del delito. Puesto que la acción delictiva supone un ataque o puesta en peligro de un bien o interés de la vida social, el conflicto surge entre la sociedad que reclama la actuación del *ius puniendi* del Estado y el presunto autor de la acción penalmente antijurídica. Señala, trayendo a colación a LEONE, *Manuale de Diritto Processuale Penale*, Jovene, Napoli, 1973, p. 466, que el objeto genérico del proceso penal viene determinado por el conflicto entre el derecho subjetivo de punir y el derecho a la libertad del individuo. En nuestra opinión, las actuales leyes penales y procesales penales, permiten vislumbrar la existencia de un interés intersubjetivo en la composición de las controversias penales, como posteriormente podremos desarrollar con ocasión del análisis de las diferentes tipologías delictivas y su incidencia en la resolución del conflicto penal. Vaya por delante, que el reconocimiento de la presencia de un interés intersubjetivo en la composición penal, una vez delimitado sus contornos, no tiene porqué significar una privatización en la aplicación de las penas y medidas de seguridad.

<sup>16</sup> ALCALÁ- ZAMORA y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa: (contribución al estudio de los fines del proceso)*, Universidad Autónoma, México, 1991, p. 53.



reparación del daño causado. Por tanto, habiéndose institucionalizado la resolución de controversias en el sistema político actual<sup>17</sup>, el recurso a tales instrumentos, con carácter general, se encuentra tipificado en el art. 455 del Código Penal, en cuanto realización arbitraria del propio derecho.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico establece excepciones al respecto: la autotutela juridificada. Y así encontramos los arts. 592 y 612 ambos del Código Civil o el derecho fundamental a la huelga del art 28 CE, como los más recurrentes ejemplos<sup>18</sup>.

En materia penal también se regulan fórmulas de resolución de conflictos próximas a la autotutela. La legítima defensa penal puede presentar los caracteres propios de la autotutela, por cuanto el conflicto finalizará mediante la resolución coactiva de una de las partes. Toda vez que el ejercicio del derecho a la legítima defensa desemboque en la sustanciación de un proceso penal, donde se analizará precisamente la legitimidad del método empleado. La autotutela será examinada, probada, y si procede justificada, en el desarrollo de un método heterocompositivo de resolución de conflictos<sup>19</sup>.

En segundo lugar, cabría hacer mención a la pena capital, proscrita, a fecha de redacción del presente documento, en el ordenamiento jurídico español y comunitario. Vistos los intereses que confluyen en la resolución de las controversias con trascendencia penal, hemos advertido que el conflicto penal tiene relevancia tanto intersubjetiva como social. La resolución de conflictos penales se encomienda entonces

---

<sup>17</sup> Como sostiene ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, «Legítima defensa y proceso», en *Estudios Penales en Homenaje al R.P. Julián Pereda S.J.*, Bilbao, 1965, p. 605 y ss., al detallar la conversión de la acción física, propia de la autodefensa más tosca y primitiva, en acción jurídica dirigida hacia el Estado.

<sup>18</sup> Acaso la Administración Pública funcionaría a modo de parte interesada en la resolución de la controversia que se plantea entre el administrado y el propio ente público, resolviendo *a limine*, vistas las cautelas constitucionales del malogrado art. 9.3 CE, la propia Administración Pública. Evidentemente, los resultados obtenidos pueden someterse a decisión de los órganos judiciales de resolución de conflictos, no sin los oportunos obstáculos que refleja el acceso a un orden jurisdiccional caracterizado por disponer de los plazos temporales más amplios en la composición de controversias.

<sup>19</sup> A tal respecto, ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa: (contribución al estudio de los fines del proceso)*, ob. cit., p. 50, diferenció la legítima defensa propia, es decir, la repulsión de una agresión por el propio sujeto agredido, de aquella otra modalidad en que se produce la intervención de un tercero. En este caso, informa el ilustre procesalista, es la modalidad de autotutela más próxima al proceso, pues se realiza por un sujeto imparcial e irrecusable, hasta el extremo de que, abstracción hecha del aspecto formal, casi podría decirse que aquel se conduce como juzgador, si bien instantáneo o circunstancial y no permanente.

a órganos imparciales e independientes, a quienes la Norma Suprema ha investido de potestad jurisdiccional, y se articula a través del proceso jurisdiccional, con pleno respecto de las necesarias garantías procesales. Concluso éste, la ejecución de lo resuelto, que se producirá muy probablemente frente a la voluntad de al menos una de las partes, también tendrá naturaleza pública.

No obstante, dicho esquema se desvirtúa al introducir la pena capital como instrumento al servicio de la composición del conflicto penal. Una vez se descarta el empleo privado de la fuerza y el recurso a la violencia física, apartándose la venganza privada de la resolución de conflictos penales, se institucionaliza la venganza pública en ejecución de lo previamente resuelto. En otras palabras, se pretende conceder legitimidad a la barbarie bajo la apariencia de disponer un método heterocompositivo de resolución de conflictos, institucionalizado, racional y dentro del cual se articulan toda una serie de derechos y garantías inherentes a la propia esencia del sistema político actual, cuyo resultado encumbrará la más cruenta de las penas posibles. Un auténtico despropósito. Ciertamente, la concurrencia de los referidos caracteres que informan la autotutela no se percibe de un modo directo en la ejecución de la pena capital. Sin embargo, lo que aproxima a la pena capital a la autotutela es el resultado ejecutado, añadiéndose un innegable componente vindicativo: la imposición coactiva de los intereses que procedan, sean intersubjetivos, sociales o ambos, se representa en la total eliminación de una de las partes.

## **2. La autocomposición.**

La autocomposición resulta en la solución que se alcanza mediante el acuerdo de voluntades. Se trataría entonces de una renuncia parcial o total a las posiciones defendidas inicialmente, cediendo, siempre de forma voluntaria, una o ambas partes<sup>20</sup>. He aquí la gran diferencia respecto de la autotutela. Dicho acuerdo, que pondrá fin al conflicto, podrá ser alcanzado bien por las propias partes, bien por la intervención no vinculante de un tercero (conciliación y mediación). Pertenecen al ámbito de la autocomposición de controversias: la renuncia a la acción, el desistimiento, el allanamiento, total o parcial, y la transacción.

---

<sup>20</sup> MORENO CATENA, «La Jurisdicción y el Poder Judicial», en *Introducción al Derecho Procesal*, ob. cit., p. 38.

a) La incidencia de las fórmulas autocompositivas en el proceso penal.

Tales fórmulas de resolución de conflictos no se conciben a modo de cajones estancos separados, sino que podrán interconectarse en el desarrollo de las actuaciones heterocompositivas tendentes a la pacificación del conflicto. La dinámica del proceso jurisdiccional, también del arbitraje, admite la interrelación referida: entre las normas que regulan los distintos procesos, encontramos manifestaciones, más o menos extensas, del resto de fórmulas de resolución de conflictos<sup>21</sup>.

Sin embargo, en lo que a la resolución de conflictos con trascendencia penal se refiere no se ha propiciado, de forma cierta, la apertura a otros métodos distintos del proceso penal. La significación concedida, *ex lege*, al principio de legalidad en materia procesal penal ha sido el principal argumento para descartar la incorporación de métodos autocompositivos en la resolución de conflictos penales<sup>22</sup>. Como consecuencia de lo anterior, el principio de legalidad se ha expandido hasta alcanzar espacios tradicionalmente vinculados al principio de oportunidad, bajo la creencia extendida de que la articulación conjunta de ambos principios normativos podría resultar incompatible<sup>23</sup>. En otros términos, se ha concedido primacía a la vertiente social del conflicto, situando al titular del bien jurídico lesionado en el plano formal del proceso jurisdiccional. El ejercicio de la acción penal ha sido regulado poniendo a disposición de la víctima u ofendido por el delito mecanismos que culminan con la adquisición del status de parte procesal, ampliándose dicha legitimación procesal al conceder naturaleza

---

<sup>21</sup> Como nos ilustra GIMENO SENDRA, *Fundamentos de Derecho procesal (jurisdicción, acción y proceso)*, ob. cit., p. 24, de todos los medios para la solución de los litigios y los conflictos sociales, la heterocomposición es indudablemente el más perfecto.

<sup>22</sup> Respecto de la articulación procesal de los principios de legalidad y oportunidad puede acudir a GÓMEZ COLOMER, *Constitución y proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1996.

<sup>23</sup> Sostiene GIMENO SENDRA, *Fundamentos de Derecho procesal (jurisdicción, acción y proceso)*, ob. cit., p. 195, que si con arreglo a nuestra LECrim es obligado afirmar que el principio de legalidad está normativamente consagrado y que, por tanto, el de oportunidad no encuentra cabida en nuestro ordenamiento procesal, podría resultar excesivo, tomando como punto de partida esta observación, el llegar a la conclusión de que «en nuestra práctica forense», el principio de oportunidad está totalmente ausente, pues en la realidad ocurre otra cosa.

pública a la acción penal (art. 101 LEcrim)<sup>24</sup>. Se empodera a la víctima, o quien legítimamente deba sucederle, para accionar el mecanismo jurisdiccional de resolución de conflictos en materia penal, y constituirse como parte procesal legítima en el desarrollo de las actuaciones. No obstante dicho reconocimiento, en la composición del conflicto penal, que actualmente se encomienda a órganos públicos investidos de potestad jurisdiccional, se tiende a desplazar a la víctima hacia tareas estrictamente acusatorias.

Un breve apunte al respecto. Que la composición del conflicto penal se asigne de forma exclusiva a órganos públicos investidos de potestad jurisdiccional no necesariamente impide la intervención de la víctima en la resolución del conflicto penal. A tal respecto, podemos observar como la aplicabilidad del art. 100 LEcrim, en cuanto de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, supone ofrecer el proceso penal como la vía legislativa diseñada para la composición de la controversia penal, pero no descarta acudir a otras opciones que previamente hayan sido contempladas en el ordenamiento jurídico. El cumplimiento del principio de legalidad se vincula entonces al principio de seguridad jurídica.

Ahora bien, dada la naturaleza dual del conflicto penal, en el ejercicio de la acción penal se ha investido al ente público, mediante la institución del Ministerio Fiscal, como parte procesal legítima en la resolución del conflicto que se plantea tanto entre víctima y victimario, como respecto de éste último con la Sociedad. Y así se recoge en el art. 106 LEcrim, por cuanto la acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida, a salvo los delitos privados. Por su parte, el art. 105 LEcrim dispensa unos interesantes argumentos al establecer la obligación que incumbe al Ministerio Fiscal de ejercitar la acción penal<sup>25</sup>, siempre con arreglo a la Ley Procesal, razonando seguidamente la procedencia de su

---

<sup>24</sup> El ejercicio de la acción popular conoce determinados límites, que han pretendido configurar su significación en cuanto derecho a promover la actividad jurisdiccional en defensa de los intereses generales (SSTS de 17 diciembre de 2007 y de 8 abril de 2008). Véase GIMENO SENDRA, «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: los casos «BOTÍN» y «ATUTXA»», en *Diario La Ley*, 2008, (ref. de 22 de marzo de 2013), disponible en Web: [www.diariolaley.laley.es](http://www.diariolaley.laley.es).

<sup>25</sup> En similares términos el art. 6 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en cuanto a la consideración del principio de legalidad en la actuación del Ministerio Fiscal. Cabría advertir la conexión de tales argumentos con los arts. 1 y 3 del mismo cuerpo normativo.

interposición<sup>26</sup>. Todo ello nos aproxima a una idea fundamental: la variabilidad del modelo de resolución de conflictos con trascendencia penal.

Sea como fuere, atender los postulados del principio de legalidad, no es óbice para impedir que el resto de partes procesales puedan alcanzar una solución consensuada respecto del conflicto intersubjetivo que entre las mismas se plantea. Más aun, los resultados obtenidos mediante el acuerdo de voluntades alcanzado entre víctima y victimario debieran actuar en la resolución de la vertiente social del conflicto penal, puesto que relegar los resultados que aporta una reparación consensuada sería notoriamente contraproducente para los intereses concurrentes en la composición de la controversia penal. Como ejemplo, bien podremos acudir al contenido del art. 21.5 del Código Penal, respecto de la atenuante de reparación del daño ocasionado a la víctima<sup>27</sup>, o bien a los arts. 81.3 y 88 en cuanto a la suspensión y sustitución de la pena.

A modo de conclusión, advertir que las fórmulas autocompositivas tengan cabida en el sistema procesal penal actual se nos presenta no solo como una posibilidad cierta sino como una opción a la que irremediablemente, en buena lógica tanto jurídica como político-legislativa, deberá atenderse en lo sucesivo. De entre las conocidas teorías de la pena, el protagonismo que se le ha concedido al rigor punitivista ha manifestado sobradamente su ineficacia práctica, al margen de colmar determinadas expectativas sociales, al socaire de una legislación más emergencista que meditada. Las teorías preventivas y resocializadoras, lejos de conseguir el tan ansiado respaldo social, no han sabido exportar, sino teóricamente, las bondades de sus argumentos, esenciales en una moderna Democracia. La demanda social, en cuanto a las teorías preventivas y resocializadoras, se centra en unos tipos penales bien definidos: aquellos con un

---

<sup>26</sup> El significado del concepto “*procedencia*”, entendido desde una perspectiva jurídica, se vincula a la oportunidad de actuación procesal. Véase que el Diccionario de Lengua Española de la Real Academia Española, define el término “*procedencia*” como el fundamento legal y oportunidad de una demanda, petición o recurso (ref. de 22 de marzo de 2013), disponible en Web: [www.rae.es](http://www.rae.es).

<sup>27</sup> A tal respecto, como sostiene BARONA VILAR, *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 261, la aparición del conflicto implica partes, sujetos en conflicto, existe ese conflicto entre víctima y victimario, pero no es en absoluto excluyente de la existencia de unos hechos socialmente reprochables porque los mismos pueden ser objeto de reproche social e individual y las respuestas que se den deben formar parte de un todo integrado, de manera que en ocasiones las respuestas dirigidas hacia la reparación individualizada de las víctimas puede ser considerado como suficiente para satisfacer la afrenta social, y en otras ocasiones aquélla es un medio para minimizar las exigencias de esta.

componente socio-educativo más visible. La perspectiva educacional así como la sensibilización respecto de los efectos producidos a consecuencia de la comisión del ilícito penal, se abren paso de forma lastimosa en la política criminal actual, variando su recorrido en función de la especialidad delictual de que se trate.

A continuación proponemos considerar los dos principales institutos pertenecientes al ámbito de la resolución autocompositiva de conflictos que pueden articularse a lo largo del proceso penal. Nos referimos a la mediación y la conformidad penal, ésta última con un reflejo normativo consolidado.

b) La conformidad penal.

Si las fórmulas autocompositivas de resolución de conflictos implican necesariamente la existencia de derechos disponibles (art. 19.1 LEC), no tendría cabida su utilización intraprocesal dentro del proceso penal español en cuanto a previsibles acuerdos que afecten la extensión de las penas privativas de libertad, a salvo el enjuiciamiento de determinados delitos, véase delitos privados, entre otras particularidades. Sin embargo, encontramos una más que consolidada excepción al considerar la institución de la conformidad penal<sup>28</sup> a partir de las premisas pensadas sobre la base de la figura del

---

<sup>28</sup> La Ley Procesal Penal española regula el instituto de la conformidad en sus artículos 655 LEcrim respecto del procedimiento ordinario, arts. 784.3 y 787 LEcrim, respecto del procedimiento abreviado y arts. 800.2 y 801 LEcrim, en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos. En cuanto al procedimiento ante el Tribunal del Jurado, debemos acudir al art. 50 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

allanamiento o la transacción<sup>29</sup>. En efecto, entre las fórmulas autocompositivas presentes en el proceso penal el instituto de la conformidad, y siempre en el ámbito judicial, ha tenido previsión normativa<sup>30</sup>. ¿Podríamos encuadrar entonces la conformidad penal dentro de las fórmulas autocompositivas<sup>31</sup>?

Conviene conceptualizar varios aspectos claves. En primer lugar, entendemos por allanamiento la renuncia a la confrontación procesal, reconociéndose los derechos objeto de litigio tal y como fueron planteados por quien ostente la condición de parte

---

<sup>29</sup> Como señalan, GONZÁLEZ PILLADO y FERNÁNDEZ FUSTES, *La intervención de la víctima en el proceso penal*, 2004 (ref. de 26 de abril de 2013), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), dada la existencia de distintas modalidades de conformidad se torna necesario un tratamiento diferenciado, por cuanto la conformidad prevista en el ámbito del proceso ordinario aparece configurada como un acto de disposición del proceso, ya que mediante la misma se pone fin a la contienda. Concretamente, se trata de un acto de disposición de carácter material, similar al allanamiento civil, aunque lógicamente con las especialidades propias del ámbito penal en el que se lleva a cabo. Sin embargo, en el procedimiento abreviado, la conformidad se aproxima más a un convenio, a un acuerdo entre las partes, ya que (...) presupone la existencia de conversaciones y negociaciones entre la acusación y la defensa, bien antes de la formulación del escrito de acusación, con vistas a la presentación de dicho escrito conjuntamente o bien con anterioridad a la práctica de la prueba. Esto ha llevado a que se le aproxime a la figura de la transacción penal. Asimismo, DE DIEGO DíEZ, A., *La conformidad del acusado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 136; GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Colex, San Fernando de Henares, 2008, pp. 396 y ss. MORENO CATENA, *La defensa en el Proceso Penal*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 104 y 105. Asimismo, MORENO CATENA, «El juicio oral y la Sentencia», en *Derecho procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. p. 350, sostiene que la escasa utilidad práctica de la conformidad estricta, en la que el acusado obtiene un beneficio poco relevante – la simple evitación del juicio-, renunciando a toda posible rebaja, o incluso a la absolución, condujo al legislador a introducir, muy tímida y difusamente en la LO 7/1988, un principio de negociación, en el que se ha profundizado hasta el presente, aproximando nuestro modelo de conformidad a los sistemas de «transacción» penal. En contra BUTRÓN BALIÑA, *La conformidad del acusado en el proceso penal*, McGraw – Hill, Madrid, 1998, p. 169) señala que no mediando una total identidad no cabe hablar de allanamiento, aunque presente con el mismo notables analogías, básicamente en lo que a la finalización anticipada del proceso se refiere. En el mismo sentido, AGUILERA MORALES, M., *El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español*, Cedecs, Barcelona, 1998, pág. 263; BARONA VILAR, *La conformidad en el Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 302; MIRA ROS, *Régimen actual de la conformidad*, Colex, Madrid, 1998, p. 177. En GONZÁLEZ PILLADO y FERNÁNDEZ FUSTES, *La intervención de la víctima en el proceso penal*, ob. cit. ut supra.

<sup>30</sup> La formulación de la conformidad aconseja plantear un marco jurídico adecuado y respetuoso con las debidas garantías procesales de los sujetos concurrentes en el proceso penal, evitando las potenciales disfunciones advertidas en el Derecho comparado.

<sup>31</sup> Nótese que el término allanar, a tenor del Diccionario de Lengua Española de la Real Academia Española, viene a significar “conformarse, avenirse, acceder a algo,” (ref. de 7 de junio de 2009, disponible en Web: [www.rae.es](http://www.rae.es)).

procesal activa<sup>32</sup>. En similares términos, la conformidad es un modo de poner fin al proceso penal que implica la aceptación por el acusado de los hechos, de la calificación jurídica y de la responsabilidad penal y civil exigida<sup>33</sup>. Se torna entonces necesario considerar los tres principales elementos que conforman el proceso penal: acusación, defensa y sanción penal.

Dadas las particularidades específicas que informan la legislación procesal penal, cabría precisar ciertas matizaciones sobre lo que hemos venido a llamar reconocimiento de derecho. Y es que respecto de la acusación, las partes acusadoras se sirven precisamente del derecho de acusar (arts. 100 y 270, ambos LEcrim, entre otros), donde las posibilidades de actuación del conformante son netamente nulas. Con su conformidad, en absoluto limita o afecta la acusación. El acusado no está en condiciones de reconocer el derecho de acusar de la contraparte. Cuestión distinta sería admitir, atendido el grado de participación, la efectiva lesión de un bien jurídico titularidad de la presunta víctima. El conformante podrá aquietarse respecto de las posiciones de la parte acusadora, reconociendo las responsabilidades que se le exigen. Se debe tener presente que el bien jurídico lesionado preexiste a la lesión producida sobre el mismo, mientras que el derecho a la tutela judicial efectiva, se concretiza mediante la posibilidad cierta e institucionalizada de defender los derechos y legítimos intereses que se consideren lesionados, exigiendo la oportuna reparación, tanto civil como penal, dimanante de la lesión producida sobre tales bienes jurídicos.

A su vez, las partes acusadoras interesarán la imposición de sanción penal, si bien no es posible considerar derecho a obtener sanción penal de ninguna clase. Como sabemos, el ejercicio del *ius puniendi* resulta de exclusiva titularidad pública. Expresada formalmente, la conformidad no afectará la imposición de la pena, a salvo la capacidad potencial de actuar sobre su extensión delimitando el quantum punitivo aplicable. Todo ello, claro está, bajo el auspicio reservado al órgano judicial. Con todo, si en el proceso civil la parte actora, generalmente, resulta titular de la relación jurídica u objeto litigioso

---

<sup>32</sup> Para MORENO CATENA, «La Jurisdicción y el Poder Judicial», en *Introducción al Derecho Procesal*, ob. cit., p. 38, supone la renuncia a la confrontación, reconociéndose el derecho del demandante tal y como fue planteado. O bien, como sostuvo ALCALÁ- ZAMORA y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa: (contribución al estudio de los fines del proceso)*, ob. cit., p. 85, el allanamiento se define como el reconocimiento y sumisión de la parte atacada a la pretensión litigiosa contra ella dirigida.

<sup>33</sup> MORENO CATENA, «El juicio oral y la Sentencia», en *Derecho procesal Penal*, ob. cit. p. 350.



(art. 10 LEC), en el proceso penal, las partes acusadoras delimitan el objeto procesal, en cuanto titulares del derecho a formular acusación. A salvo las peculiaridades del art. 733 LEcrim.

En resumen, ni desde la perspectiva de la acusación, ni por ende la sanción penal, es posible colegir el carácter autocompositivo de la conformidad. Ahora bien, si el acusado no afecta con su actuación los anteriores extremos, veamos entonces las consecuencias que la conformidad conlleva respecto de aquel elemental derecho cuya titularidad le corresponde, el derecho de defensa.

En efecto, cuando el acusado opta, por qué no, como estrategia defensiva, por conformar, realiza un acto de disposición respecto del derecho de defensa que le asiste<sup>34</sup>. Lo cual innegablemente tendrá repercusión en el devenir del proceso: la conformidad penal del acusado produce una renuncia a la confrontación procesal. Desde nuestra perspectiva, creemos posible, aun cuanto atípico, acercar la figura de la conformidad penal respecto de las fórmulas autocompositivas. Muy particularmente desde la óptica del allanamiento<sup>35</sup>, pues con independencia del procedimiento en que nos encontremos podremos vislumbrar los caracteres antes mencionados. Y más aún, será posible el anterior acercamiento, si tenemos en cuenta la evidente capacidad negocial<sup>36</sup>, formalmente más acentuada respecto de la regulación de la conformidad en

---

<sup>34</sup> ALCALÁ- ZAMORA y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa: (contribución al estudio de los fines del proceso)*, ob. cit., pp. 87 y ss. Asimismo, GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 396, define la conformidad como un acto unilateral de postulación y de disposición de la pretensión, efectuado por la defensa y realizado en el ejercicio del principio puro de oportunidad, por el que, mediante el allanamiento a la más elevada petición de pena, que nunca puede exceder a los seis años de privación de libertad, se ocasiona la finalización del procedimiento a través de una sentencia con todos los efectos de la cosa juzgada.

<sup>35</sup> ALCALÁ- ZAMORA y CASTILLO, *El Allanamiento en el Proceso Penal*, EJEa, Buenos Aires, Argentina, 1962.

<sup>36</sup> Para una visión de conjunto de la institución en el modelo anglosajón, CABEZUDO RODRÍGUEZ, *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Comares, granada, 1996.

el procedimiento abreviado, que presenta la institución, pugnando a nivel doctrinal entre los principios de legalidad y oportunidad<sup>37</sup>.

c) La mediación penal.

Acabamos de advertir que la autocomposición consiste en la solución que se alcanza mediante el acuerdo de voluntades. Entre tales fórmulas autocompositivas: la conciliación y la mediación<sup>38</sup>. Respecto de esta última, encontramos un tercero (mediador) cuya función esencial consiste en sugerir, proponer o plantear diferentes salidas al conflicto, manejando cualquier posibilidad con el fin de que las partes puedan acoger alguna de ellas (mediación), y de este modo, poner fin al litigio<sup>39</sup>. En la específica materia penal, siguiendo a la profesora BARONA VILAR, la mediación consiste en un procedimiento extrajudicial, en virtud del cual víctima e infractor, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar en la resolución de su conflicto penal, que existe, con intervención de un tercero, al que llamamos mediador, reestableciendo la situación previa al delito y el respeto al ordenamiento jurídico, amén de dar satisfacción a la víctima y el reconocimiento de tal actividad por el victimario<sup>40</sup>.

De esta forma, la mediación penal dispone unas consecuencias reintegradoras bilaterales, empoderando nuevamente a las partes de los necesarios instrumentos para posibilitar una composición pacífica e institucionaliza del conflicto habido entre las

---

<sup>37</sup> Específicamente, respecto de la institución de la conformidad, BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994. De la misma autora, «La conformidad como manifestación de la justicia negociada y la tutela judicial efectiva penal», en *Justicia*, 1997, nº 1, pp. 33-62. DE DIEGO DIEZ, «Alcance de los términos “sentencia de estricta conformidad”» en *Cuadernos de Derecho judicial*, nº XXIV, 1997, pp. 35-156. GIMENO SENDRA, «La conformidad «premiada» de los juicios rápidos», en *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2004, nº 5, pp. 5-14. PUENTE SEGURA, *La conformidad en el proceso penal español*, Colex, Madrid, 1994. URIARTE VALIENTE, *La conformidad en el procesal penal abreviado tras la reforma de 24 de octubre de 2002*, Boletín de información del Ministerio de Justicia, año 57, nº 1943, 2003, pp. 1921-1970.

<sup>38</sup> En materia de mediación penal, puede acudir a BARONA VILAR, *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*, ob. cit.; GONZÁLEZ CANO, «La mediación penal en España», en *La mediación penal para adultos*, (Dir. BARONA VILAR), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; TAMARIT SUMALLA *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012.

<sup>39</sup> MORENO CATENA, «La Jurisdicción y el Poder Judicial», en *Introducción al Derecho Procesal*, ob. cit., p. 40.

<sup>40</sup> BARONA VILAR, *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*, ob. cit., 2008, p. 257.

mismas. Se devuelve a las partes la gestión del conflicto, en consonancia con la garantía de los derechos fundamentales de ambas<sup>41</sup>.

Sin ánimo de profundizar en una materia ajena al presente proyecto, desde una perspectiva dogmática de teoría general de Derecho Procesal, la posibilidad de acudir a la mediación en la composición de conflictos con trascendencia jurídico-penal resulta compatible, con el actual concepto de Jurisdicción<sup>42</sup>. Y ello se comprende muy claramente cuando consideramos el principio de exclusividad jurisdiccional. El monopolio de la Jurisdicción refiere precisamente el ejercicio de la potestad jurisdiccional en la resolución de conflictos: desde una perspectiva tanto positiva, la potestad jurisdiccional se residencia en los órganos judiciales integrantes del Poder Judicial, como negativa, tales órganos solo dispondrán el ejercicio de la potestad jurisdiccional (a salvo el art. 117.4 CE). Ahora bien, ello no significa que la Jurisdicción haya de monopolizar la totalidad de la resolución del conflicto, existiendo vías alternativas en la composición de controversias, las cuales podrán disponer del refrendo jurisdiccional, si se cumplen los requisitos necesarios para ello.

Tan solo apuntar que la introducción de la mediación en el proceso penal actual se configura como una opción de política legislativa. Si se optase entonces por introducir el instituto de la mediación en el proceso penal, el Estado, a través de la Jurisdicción, seguirá atendiendo la protección de los intereses sociales concurrentes en la investigación y enjuiciamiento criminal, y velará por las garantías inherentes al debido proceso, convalidando o desautorizando el acuerdo de voluntades alcanzado, respecto de las materias o aspectos susceptibles de mediación. La actividad jurisdiccional no

---

<sup>41</sup> En tal sentido BARONA VILAR, *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*, ob. cit., p. 259, cuando sostiene que lejos de considerarse como un medio de autotutela —prohibida en nuestro ordenamiento jurídico— estamos ante una modalidad autocompositiva que puede ser preprocesal pero siempre con la previsible existencia del proceso, o intraprocesal pero que, a la postre, exigirá de una decisión judicial, ya para simplificar el desarrollo del proceso, para poner fin al proceso de forma anticipada —sobresimiento por razones de oportunidad reglada— ya para poner fin al proceso a través de la sentencia o ya para alterar postsententiam la posible ejecución de la condena en sentido estricto, lo que, a la postre, conlleva incidencia procesal en todo caso.

<sup>42</sup> Tras las explicaciones del profesor SERRA DOMINGUEZ, *Estudios de Derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 50, GIMENO SENDRA, *Fundamentos de Derecho procesal (jurisdicción, acción y proceso)*, ob. cit., pp. 25 y ss., MONTERO AROCA, «La Jurisdicción», en *Derecho Jurisdiccional, Parte General*, (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), 15ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Vol. 1, pp. 37 y ss. y MORENO CATENA, «La Jurisdicción y el Poder Judicial», en *Introducción al Derecho Procesal*, ob. cit., p. 41.

desaparece cuando se acude a la mediación penal, sino que actúa en su más alta garantía de protección de los derechos fundamentales de las personas y al servicio de los intereses generales del conjunto de la Sociedad, juzgando y haciendo ejecutar lo previamente juzgado.

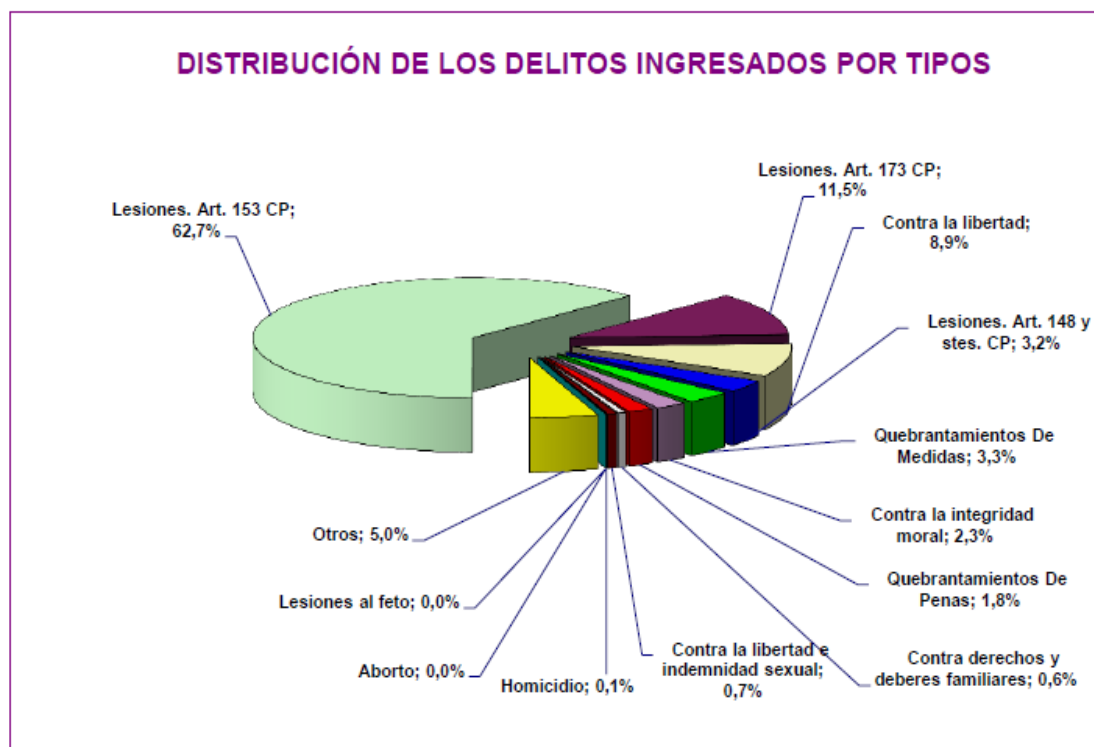
Sin embargo, encontramos cuerpos normativos como la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que adiciona el art. 87 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el cual prohíbe expresamente, en su apartado quinto, la posibilidad de mediación en la materia que regula. Según nuestro parecer, una opción legislativa a la que se ha dotado de una aplicabilidad excesivamente amplia. Descartar apriorísticamente la mediación penal supone desconocer la realidad práctica en que se desarrolla el enjuiciamiento de los delitos de violencia de género, donde el grueso del enjuiciamiento viene marcado por tipos penales menos graves, cuando no faltas. En prueba de lo anterior, aportamos los resultados del Informe sobre los datos de denuncias, procedimientos penales y civiles registrados, órdenes de protección solicitadas en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y sentencias dictadas por los órganos judiciales en esta materia en el año 2012<sup>43</sup>, del observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General de Poder Judicial:

---

<sup>43</sup> Con unos resultados ciertamente similares en Informes precedentes.

## TIPO DE DELITOS INSTRUIDOS

Lesiones. Art. 153 CP	85.706	62,7%
Lesiones. Art. 173 CP	15.710	11,5%
Contra la libertad	12.112	8,9%
Lesiones. Art. 148 y ss. CP	4.425	3,2%
Quebrantamientos De Medidas	4.520	3,3%
Contra la integridad moral	3.139	2,3%
Quebrantamientos De Penas	2.464	1,8%
Contra derechos y deberes familiares	782	0,6%
Contra la libertad e indemnidad sexual	898	0,7%
Homicidio	85	0,1%
Aborto	1	0,0%
Lesiones al feto	2	0,0%
Otros	6.876	5,0%
<hr/>		
<b>Total</b>	136.720	
<hr/>		



Para tales tipologías delictivas la mediación puede configurarse como un método de resolución de determinados aspectos del conflicto con vocación de pacificación más duradera. Sin embargo, contra la introducción de la mediación en el proceso penal, se ha esgrimido la ausencia de igualdad entre las partes, o si se prefiere, de una posición igualitaria, como consecuencia de un innegable componente relacional ínsito en la especialidad delictiva comentada<sup>44</sup>. En nuestra opinión, tales argumentos no encuentran firme acomodo en la propia dinámica procesal penal. La posición igualitaria entre víctima y agresor, pensada desde una consideración metajurídica, se concretiza en el plano estrictamente jurídico-procesal. El principio de igualdad en el proceso penal se garantiza disponiendo iguales medios de ataque y de defensa para las partes, desde la perspectiva que aporta la defensa de los derechos e intereses legítimos a través del juicio jurisdiccional. Más aún, dicha situación no necesariamente conlleva descartar la institución de la mediación penal, sino que la cuestión de fondo radicaría en fomentar

<sup>44</sup> BARONA VILAR, *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*, ob. cit., p. 301, críticamente respecto de la exclusión de la mediación penal prevista en el art. 44. 5 LOMIVG. Asimismo, ESQUINAS VALVERDE, *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. CASTILLEJO MANZANARES, *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley Actualidad, 2011.

un adecuado equilibrio entre las partes, para que voluntariamente, puedan someter la composición de su controversia a las tareas mediadoras.

### 3. La heterocomposición.

En lo referente a la heterocomposición, nos hallaríamos ante un conflicto donde una de las partes, o bien ambas, o incluso un sujeto con interés en la solución de la controversia (legitimación)<sup>45</sup> acude a un tercero imparcial, situado *supra* partes, para que dirima, con carácter definitivo, la disputa suscitada. De entre las tradicionales fórmulas heterocompositivas encontramos tanto el arbitraje como el propio proceso jurisdiccional.

No entraremos a considerar si efectivamente el fin del proceso es la resolución de los conflictos<sup>46</sup>, o si por el contrario, existiendo casos en los que no se dilucida conflicto de interés alguno, habremos de acudir a otras soluciones<sup>47</sup>. Tema tan recurrente como la delimitación de la naturaleza jurídica de la llamada “jurisdicción voluntaria”, resbaladizo terreno donde hasta la fecha no existe cierta unanimidad de criterios. Las diferentes materias y finalidades subyacentes en las diversas posibilidades que permite la institución, junto a una regulación tan dispersa como vetusta, aportan poca claridad al respecto<sup>48</sup>. A tenor de los diferentes posicionamientos existentes en la doctrina

---

<sup>45</sup> MORENO CATENA, «La Jurisdicción y el Poder Judicial», en *Introducción al Derecho Procesal*, ob. cit., p. 39.

<sup>46</sup> CARNELUTTI, *Sistema del derecho procesal civil*, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944.

<sup>47</sup> CALAMANDREI, «El concepto de litis en el pensamiento de Francesco Carnelutti», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961. Asimismo, CALAMANDREI, *Derecho procesal civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Vol. 1, pp. 181 y ss.

<sup>48</sup> Ciertos atisbos de sistematización fueron vislumbrados con ocasión del Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria de 20 de octubre de 2006, si bien su aprobación definitiva fue suspendida, el día 24 de octubre de 2007, poco antes de su votación en el Senado. A tal fin, siguiendo las premisas marcadas por la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 16 de septiembre de 1986, sobre medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los Tribunales, sería conveniente, en una futura Ley de Jurisdicción Voluntaria, repensar la sobrecarga de trabajo que agobia y atrofia la actuación de los Juzgados y Tribunales, reduciendo las tareas de carácter no jurisdiccional que a los mismos se encomienda, traspasando el todo o la parte a otros funcionarios públicos cualificados. Sin embargo, tales precisiones debieran ser matizadas según los negocios o actuaciones respectivas, hecho por el cual, no podremos más que apuntar someras líneas al respecto.

española<sup>49</sup> y lamentablemente sin el tan ansiado ánimo de exhaustividad, podremos diferenciar entre aquel sector doctrinal, minoritario quizás, que aboga por su carácter jurisdiccional<sup>50</sup>; de aquel otro sector, que entiende el carácter meramente administrativo de la jurisdicción voluntaria<sup>51</sup>. Como no podría ser de otra forma, no faltan posiciones intermedias<sup>52</sup>.

Sin embargo, lo que realmente interesa, es la posibilidad cierta de que las controversias se puedan solventar a través del proceso jurisdiccional, siendo la esencial función de la Jurisdicción resolver conforme a Derecho, con carácter definitivo y eficazmente, los conflictos que ante la misma se planteen (STC 11/1988, de 2 de febrero (F. J. 4º))<sup>53</sup>. La

---

<sup>49</sup> En la doctrina italiana puede acudir a CARNELUTTI, DI MARINI, MICHELI o SATTA, quienes de una u otra forma sostienen teorías jurisdiccionalistas. CALAMANDREI, CHIOVENDA o ALLORIO quienes se inclinan por las posiciones administrativistas.

<sup>50</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Observaciones al proyecto de ley de jurisdicción voluntaria de 20 de octubre de 2006*, pp. 5 y 6, 2007, (ref. de 1 de junio de 2009), disponible en Web: [www.iustel.com](http://www.iustel.com). Así DE LA OLIVA SANTOS, «El proceso civil, instituciones análogas y la llamada jurisdicción voluntaria», en *Derecho Procesal Civil*, (con Díez - Picazo Giménez), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 38 y 39 o bien RAMOS MENDEZ, *La jurisdicción voluntaria en los negocios del comercio*, Civitas, Madrid, 1978, pp.39 y ss.

<sup>51</sup> FAIRÉN GUILLÉN, *Doctrina general del Derecho procesal*, Bosch, Madrid, 1990, pp. 133 y ss.; SERRA DOMINGUEZ, «Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria», en *Estudios de Derecho Procesal*, ob. cit., pp.618 y ss.; GÓMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, [s.n.], 1979, Vol. I., pp. 49 y ss.; no sin reservas, GÓMEZ COLOMER, «La jurisdicción voluntaria», en *Derecho Jurisdiccional, Proceso Civil*, (con Montero Aroca, Montón Redondo y Barona Vilar), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, Vol. II, p. 899.

<sup>52</sup> ALMAGRO NOSETE, «La jurisdicción (III)», en *Derecho Procesal. Proceso Civil*, (con Gimeno Sendra, Moreno Catena y Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 1986, Tomo I, Vol. I, pp. 65 y ss.; GIMENO GAMARRA, «Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1953, nº 2, 1953, pp. 3 y ss.; GUASP DELGADO y ARAGONESES ALONSO, *Derecho Procesal Civil*, Civitas, Madrid, 2002, Tomo I, p. 89 y ss.; MORENO CATENA, «La exigencia constitucional del ejercicio de la jurisdicción: la exclusividad», en *Introducción al Derecho Procesal*, (con Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 84.

<sup>53</sup> Como sostiene MORENO CATENA, «La Jurisdicción y el Poder Judicial», en *Introducción al Derecho Procesal*, ob. cit., p. 44, la Jurisdicción, es decir, la potestad jurisdiccional, ha sido concebida históricamente de muy diversos modos (...) sin embargo, es constante y esencial en el ejercicio de la Jurisdicción la finalidad de solventar un conflicto jurídico determinado con carácter definitivo e irrevocable. CHAMORRO BERNAL, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del art. 24.1 de la Constitución*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 18, por su parte, afirma que la Jurisdicción nace con el intento de solucionar los conflictos a través de un tercero, trayendo a colación a SERRA DOMINGUEZ, *Estudios de Derecho procesal*, ob. cit., pp. 21 y ss., donde describe las diferentes teorías que, a lo largo de la historia del Derecho Procesal, se han pronunciado acerca del concepto, contenido y finalidad de la Jurisdicción.



resolución de conflictos, sean de la naturaleza que sean, puede ser canalizada a través del proceso jurisdiccional. Incluido, claro está, la composición de controversias en materia penal<sup>54</sup>.

No obstante lo anterior, el proceso penal excluye el método del arbitraje en la resolución de conflictos con trascendencia penal, siendo el ejercicio del *ius puniendi* de titularidad pública, no resulta posible arbitrar respecto de la imposición de penas privativas de libertad. Claro que en el proceso penal se ventilan cuestiones de diversa índole, mediante el ejercicio tanto de la acción penal como de la acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible (art. 100 LEcrim)<sup>55</sup>. Por tanto, en el ejercicio de la acción civil derivada del delito cabría la posibilidad de acudir a métodos de resolución de conflictos alternativos al proceso penal. Sin mayores esfuerzos argumentales. En cuanto al conflicto con trascendencia penal, el tratamiento jurídico que se dispense a su composición institucionalizada variará en función de la tipología delictiva ante la que nos encontremos, es decir, las especialidades que informan la accionabilidad, investigación y enjuiciamiento de los delitos, en función de su categorización como delitos públicos, semipúblicos o privados.

La disponibilidad de la acción penal en los delitos privados creemos no merece más atención que la propia contemplación de los arts. 205 y ss. del Código Penal. En parecidos términos respecto de los delitos semipúblicos. Disponibilidad de la acción penal que no se regula para los delitos públicos, donde la sostenibilidad de la acusación podrá producirse de oficio, mediante la intervención del propio Estado, constituido en la figura del Ministerio Fiscal.

---

<sup>54</sup> Entre los fines del proceso penal encontramos precisamente la composición de un conflicto con una doble dimensión: esto es, aquél que se plantea entre el delincuente y la sociedad, y el que surge entre el agresor y el agredido. MORENO CATENA, «El proceso penal», en *Derecho procesal penal*, ob. cit., Valencia, 2011, p. 35.

<sup>55</sup> Como afirma LAMARCA PÉREZ, «Una alternativa a la solución judicial de los conflictos: la mediación penal», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2007, nº 44, que la respuesta al delito no tiene por qué consistir siempre en una pena o, al menos, no tiene por qué consistir en la tradicional pena privativa de libertad, e incluso puede resultar beneficioso para todas las partes implicadas ensayar otras fórmulas procedimentales al margen del Derecho procesal penal y, en este sentido, pueden resultar idóneos la mediación o los sistemas de arbitraje habitualmente utilizados para dirimir los conflictos privados.

En consecuencia, podemos colegir que la introducción de métodos de resolución de conflictos con trascendencia penal diferentes al proceso jurisdiccional detenta argumentos ciertamente sólidos: el carácter disponible de la acción penal en la investigación y enjuiciamiento de determinados delitos. Aun así cabría introducir un interesante matiz, la disponibilidad respecto de la acción penal podrá ser absoluta o bien relativa, es decir, siendo necesaria previa denuncia o querella de la presunta víctima para activar el proceso penal, la decisión de no mantener la acusación particular podrá provocar el sobreseimiento del proceso penal en curso, en unos casos (art. 201.3 CP), o bien, una vez transmitida la noticia criminal continuarán las actuaciones procesales, ejercitándose, si procede, la acción penal pública (art. 190.3 CP).

Asimismo, en ocasiones, la interposición de denuncia o querella traerá causa en un conflicto de índole principalmente económica, donde habiéndose intentando su previa composición *inter partes*<sup>56</sup>, no se ha alcanzado una solución satisfactoria, y por tanto, se decide interponer las oportunas acciones penales. En tales casos, la aplicabilidad de métodos de resolución de conflictos distintos del proceso penal, pueden desempeñar una importante función en la composición del conflicto indemnizatorio que entre las partes se plantea. A tal respecto, no han faltado propuestas que abogan por la utilización del arbitraje para con aquellos delitos privados o semipúblicos que hayan ocasionado un conflicto económico, como el descubrimiento y revelación de secretos, daños causados por imprudencia grave, o delitos societarios, entre otros. Fundamentan sus posiciones en dos argumentos claves. El primero de ellos, refiere la propia Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (art. 2), por cuanto son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho. El segundo de los argumentos, sostiene que los delitos privados o semipúblicos son materias de libre disposición, al quedar a la libre voluntad del ofendido o agraviado el ejercicio de la acción penal (excepción hecha cuando se trate de menor de edad, incapaz o una persona desvalida, en cuyo caso también puede interponer la denuncia el Ministerio Fiscal y, por tanto, la materia sería de orden público). De esta forma, resultaría admisible que las partes, de común acuerdo, puedan someter estas infracciones privadas o semipúblicas, cuyo origen

---

<sup>56</sup> A tener en cuenta el contenido del art. 278 LEcrim, puesto que si la querella tuviere por objeto algún delito de los que solamente pueden perseguirse a instancia de parte, excepto el de violación o rapto, acompañará también la certificación que acredite haberse celebrado o intentado el acto de conciliación entre querellante y querellado.

sea económico, a nuevos mecanismos de solución de conflictos como el arbitraje, máxime cuando el arbitraje sigue siendo en la actualidad un término vago e impreciso cuyo objeto material está aún por determinar<sup>57</sup>.

No obstante lo anterior, la disponibilidad de la acción penal generalmente se manifestará de forma relativa por cuanto una vez transmitida la noticia criminal, las partes no dispondrán si procede la continuación del proceso penal<sup>58</sup>. El argumento central entendemos no revierte tanto en la disponibilidad del ejercicio de la acción penal *ab initio*, sino en la posibilidad de componer el interés subjetivo indemnizatorio mediante fórmulas de resolución de conflictos diferentes al proceso penal. Por tanto, la acción penal no llegará a articularse, precisamente, por haberse consensuado un acuerdo extrajudicial, que previsiblemente excluirá su ejercicio<sup>59</sup>. La conducta típica no será enjuiciada, ni la imposición de pena privativa de libertad podrá ser decidida y administrada por órgano no investido de potestad jurisdiccional.

A modo de conclusión, con las lógicas cautelas que pueda imponer el interés general<sup>60</sup>, así como evitando duplicidades normativas innecesarias<sup>61</sup>, cabría que el daño o perjuicio

---

<sup>57</sup> VENTAS SASTRE, «Arbitraje y Derecho penal: ¿viabilidad de un arbitraje en Derecho penal? », en *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, Biblioteca de Arbitraje, Perú, 2007, pp. 201-224.

<sup>58</sup> Obviamente, advierte VENTAS SASTRE, «Arbitraje y Derecho penal: ¿viabilidad de un arbitraje en Derecho penal? », ob. cit., p. 142, si las partes optan tanto por la mediación, con anterioridad a la formulación de la imputación de los hechos, como por el arbitraje, no cabe duda de que la resolución del conflicto habrá sido de todo punto extrajudicial, al margen del órgano judicial.

<sup>59</sup> Sostiene LAMARCA «Una alternativa a la solución judicial de los conflictos: la mediación penal», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, ob. cit., p. 5 y ss., que existiendo la posibilidad de un arreglo extrajudicial entre las partes, si no concurre o no debe concurrir más interés por parte del Estado que la satisfacción o defensa de los intereses de la víctima, entonces sucede que las conductas susceptibles de tales arreglos deberían ser sencillamente despenalizadas, esto es, remitidas en todo caso al ámbito civil o administrativo.

<sup>60</sup> Por ejemplo en los delitos societarios, como establece el art. 296.2 CP, donde la posibilidad de acudir a métodos de resolución de conflictos diferentes al proceso penal habrá de ser valorada con exquisita prudencia.

producido como consecuencia de la comisión de un ilícito penal, cuya perseguibilidad depende de la voluntad de la presunta víctima, sea reparado mediante métodos de resolución de conflictos diferentes al proceso jurisdiccional penal.

## **II. COMPOSICIÓN Y PROCESO PENAL.**

Como hemos advertido, el ordenamiento jurídico preestablece la solución diseñada por el Legislador ante el advenimiento de una controversia con trascendencia jurídica, es decir, cabe que dicha situación sea valorada conforme a criterios jurídicos en razón de los efectos que de la misma dimanen<sup>62</sup>. Si el sujeto A se apropia indebidamente de diversos bienes del sujeto B, el ordenamiento jurídico contempla, con la necesaria antelación, las consecuencias de tales acciones, previendo, en primer lugar, la posibilidad de que el sujeto perturbado pueda defender sus derechos e intereses legítimos ante unos determinados órganos decisores, a través de un procedimiento preestablecido; y en segundo lugar, y no menos importante, que el sujeto presuntamente perturbador, pueda defender, en igualdad de condiciones, las posiciones que le son propias.

En efecto, fundamento de la defensa institucionalizada de los derechos de las personas, es la posibilidad de acudir a determinados órganos con el propósito de hacer valer aquellos derechos que se consideren perturbados<sup>63</sup>. Órganos a quienes la Norma Suprema ha otorgado la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), revistiéndolos de las necesarias notas de imparcialidad e independencia (art. 6.1

---

<sup>61</sup> En materia de propiedad intelectual, visto el contenido del art. 138 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, podemos afirmar la amplia accionabilidad que se concede al efecto, con una acción de cesación, enfatizada con la indemnización de los daños materiales y morales causados, y todo ello sin perjuicio del resto de acciones que se pudieran interponer. Obligado resulta conectar dicha normativa con el art. 270 CP, dentro del título de los delitos patrimoniales, estableciéndose pena de prisión para quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, realice las variadas conductas típicas que recoge el precepto. Se excepciona, de la aplicación de penas privativas de libertad la distribución al por menor, donde el Derecho Administrativo, aportará unos argumentos quizás de mayor calado y repercusión que lo previsto en la legislación penal. La tipicidad de determinadas conductas recogidas en dicho precepto, puestas en relación con la anterior normativa de orden civil, resultaría cuanto menos cuestionable.

<sup>62</sup> ALMAGRO NOSETE, *Consideraciones de Derecho procesal*, Bosch, D.L., Barcelona, 1987, p.121.

<sup>63</sup> MORENO CATENA, *Sobre el contenido del derecho fundamental a la tutela efectiva*, Poder judicial, 1984, nº 10, pp. 41-46.

CEDH), y por ende, asumiendo la aplicación del Derecho y la preservación del ordenamiento jurídico<sup>64</sup>.

Tales órganos habrán de ser pues “*Jurisdicción*”, es decir, manifestación de la función constitucional a la que, como derecho fundamental, se confía la tutela judicial efectiva (STC 204/1994, de 11 de julio, (F. J. 4º))<sup>65</sup>.

### **1. El derecho a la tutela judicial efectiva.**

Por tanto, el primer paso en la resolución de una controversia cuya composición pretenda canalizarse a través de vías institucionalizadas será precisamente el acceso a la Jurisdicción<sup>66</sup>. Concebida en nuestra Carta Magna el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos (art. 24.1 CE)<sup>67</sup>, el libre acceso a la Jurisdicción se

---

<sup>64</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, «El proceso», en *Introducción al Derecho Procesal*, ob. cit., p. 224.

<sup>65</sup> Preestablecida por el Legislador una norma en abstracto, se plantea ante los citados órganos un concreto caso que provoca incertidumbre respecto de la aplicación de tal norma, dictándose, tras el oportuno procedimiento, una resolución judicial en forma de sentencia, debidamente revestida de determinados efectos, que hace desaparecer tal incertidumbre. ALMAGRO NOSETE, *Consideraciones de Derecho procesal*, ob. cit., pp. 122 y ss. En similares términos, MORENO CATENA, «La Jurisdicción y el Poder Judicial», en *Introducción al Derecho Procesal*, ob. cit., p. 41: la jurisdicción se caracteriza por la intervención de un órgano tercero de naturaleza pública, que impone frente a las partes una solución al conflicto jurídico planteado. Asimismo, SERRA DOMINGUEZ, *Estudios de Derecho procesal*, ob. cit. p. 50, entiende que la jurisdicción consiste en la determinación irrevocable del derecho en un caso concreto, seguida, en su caso, por su actuación práctica. Por su parte, GIMENO SENDRA, *Fundamento de Derecho Procesal*, ob. cit. p.28, entiende que la Jurisdicción puede ser definida como el Poder Judicial, compuesto por Jueces y Magistrados, a quienes, por su independencia y sumisión a la Ley, la soberanía popular ha otorgado la potestad jurisdiccional y, en consecuencia, expresamente ha legitimado para la solución definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales, para el control de la legalidad y la complementación del ordenamiento jurídico.

<sup>66</sup> CHAMORRO BERNAL, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del art. 24.1 de la Constitución*, ob. cit., p. 18. Acceso a la función jurisdiccional que en palabras del propio Tribunal Constitucional representa el primer escalón en el ejercicio del derecho a la prestación judicial (STC 6/1989, de 19 de enero (F. J. 2º)).

<sup>67</sup> Al respecto, FIGUERUELO BURRIEZA, *En torno al concepto de tutela efectiva de jueces y tribunales: art. 24.1 de la Constitución española*, 1983, (ref. de 18 de mayo de 2009), disponible en Web: [www.dialnet.unirioja.es](http://www.dialnet.unirioja.es), sostiene que la doctrina procesalista reconoce que en nuestra Constitución de 1978 se ha pretendido regular el derecho a la Jurisdicción como derecho público subjetivo, comprometiéndose el Estado con ello a establecer las medidas oportunas para hacerlo efectivo.

plantea como la primera consecuencia de aquélla<sup>68</sup>. Sin embargo, la tutela judicial efectiva que constitucionalmente se proclama, no puede detenerse en un mero acceso a la Jurisdicción, sino que habrá de ir más allá. Así, traemos el derecho de acceder y plantear las oportunas pretensiones, acceder con la finalidad de discutir el caso controvertido al que hacíamos referencia. Accionar el mecanismo jurisdiccional con la finalidad de obtener una respuesta respecto de la controversia suscitada<sup>69</sup>. Junto con el libre acceso a la Jurisdicción, como dijimos, primer estadio en que la tutela judicial efectiva se manifiesta, copiosa Jurisprudencia constitucional ha venido perfilando los parámetros que informan la articulación del citado derecho.

De esta forma, comprende el contenido esencial del derecho en cuestión la posibilidad de plantear las pretensiones que se estimen convenientes a nuestros derechos; obteniendo una respuesta fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones planteadas, si concurren los requisitos y presupuestos procesales para ello (STC 9/1981, de 31 de marzo (F. J. 4º)). Decisión judicial que deberá ser motivada<sup>70</sup>, razonada,

---

<sup>68</sup> Desde esta perspectiva, el derecho a la tutela judicial efectiva, principalmente en su vertiente inicial de acceso a la Jurisdicción, se encuentra informado por el principio de interpretación *pro actione*, el cual impone la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican (STC 88/1997, de 5 de mayo (F. J. 2º)).

<sup>69</sup> Respecto de las teorías concretas de la acción, DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el Derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*, Bosch, Barcelona, 1980.

<sup>70</sup> Como sostiene COLOMER HÉRNANDEZ, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 91 y ss., el derecho a obtener resoluciones motivadas se encuentra incluido dentro del derecho a la tutela judicial efectiva de cada uno de los litigantes; reverso de la obligación o deber de justificación de sus decisiones que recae sobre todo órgano judicial. Asimismo, COLMENERO GUERRA, *El recurso de suplicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 279.

congruente y en consecuencia<sup>71</sup>, respetuosa con el derecho a la efectiva tutela judicial (STC 23/1987, de 23 de febrero, (F. J. 3º))<sup>72</sup>. Bien entendido que con esta exigencia no se garantiza el acierto de la argumentación judicial<sup>73</sup>; ni tampoco el triunfo de una pretensión determinada (STC 112/1996, de 24 de junio, (F. J. 2º))<sup>74</sup>. Asimismo, todo lo

---

<sup>71</sup> Al respecto, el propio Tribunal Constitucional unas veces ha venido admitiendo implícita la obligación de motivación en el art. 24.1. CE, y más concretamente dentro del derecho a una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de la pretensión (STC 5/1995, de 10 de enero (F. J. 3º)). Otras veces, en cambio, inserto en el derecho de acceso a la Justicia (STC 71/1995, de 11 de mayo (F. J. 2º)). O bien, mediante una interpretación sistemática de los arts. 24.1 y 120.3 CE ha entendido que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido se satisface con una resolución fundada en Derecho que aparezca suficientemente motivada (STC 32/1996, de 27 de febrero, (F. J. 4º)). Sea como fuere, la conclusión radica en que denostada la obligación de motivación, se lesiona el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE, pues la obligación de que las Sentencias sean motivadas, impuesta por el art. 120.3 de la C.E., ha de integrarse en el derecho reconocido en el art. 24.1 (ATC 389/1982, de 15 de diciembre (F. J. 1º)). En parecidos términos la más reciente STC 17/2009, de 26 de Enero de 2009 (F. J. 3º), entiende que el requisito de motivación de las resoluciones judiciales, aparte de contemplarse en el art. 120.3 CE en relación con las sentencias, es una exigencia constitucional derivada del art. 24.1 CE.

<sup>72</sup> En tal sentido, CORDÓN MORENO, «El Derecho a obtener la tutela judicial efectiva», en *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, D.L., Madrid, 2005, p. 219, afirma que la exigencia de fundamentación en Derecho de la decisión judicial implica, en primer término, que la misma se encuentre debidamente motivada y razonada al sostener que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sólo garantiza que sea una respuesta fundada en derecho, lo cual, según el Tribunal Constitucional comporta dos exigencias que se complementan: la existencia de una motivación (la resolución debe exponer los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamental la decisión) y que la misma sea razonada. Según GARCÍA MORILLO, «El derecho a la tutela judicial», en *Derecho Constitucional*, Tirant Online, 2000, Vol. I, (ref. de 1 de mayo de 2009), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), el derecho a la tutela judicial efectiva resulta ser el derecho de todas las personas a tener acceso al sistema judicial y a obtener del mismo una resolución fundada en Derecho y, por tanto, motivada.

<sup>73</sup> Como sostiene COLMENERO GUERRA, *El recurso de suplicación*, ob. cit., p. 275, es imprescindible que motivación contengan aquellos elementos necesarios que permitan examinar las razones de las que las decisiones tratan de valerse como piezas legítimas del ejercicio jurisdiccional. Esto significa un cambio importante en la manera de entender la motivación puesto que ya no va a cumplir solo y exclusivamente una función «endoprosesal», restringida a las partes y al tribunal en vía de recurso, sino que debe permitir un control generalizado y difuso, es decir, «extraprosesal», por cualquier ciudadano, bien considerado en su conjunto, bien individualmente.

<sup>74</sup> Es doctrina consolidada reconocer que no se vulnera el derecho a obtener la tutela judicial efectiva en determinados supuestos de inadmisión, siempre que ésta se fundamente en causa prevista en la Ley, interpretada en los términos más favorables a la efectividad del acceso a la jurisdicción para obtener una resolución de fondo y aplicada razonada y razonablemente (STC 40/1996, de 12 de marzo (F. J. 2º)). Téngase en cuenta, por ejemplo, el art 11.3 LOPJ: “*Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las Leyes.*”

anterior carecería de sentido si tales decisiones judiciales que componen la controversia no fueran susceptibles de cumplimiento efectivo<sup>75</sup>.

## **2. El derecho al recurso legalmente establecido.**

Por último, hemos de considerar siquiera someramente, la cuestión un tanto debatida, sobre la procedencia de incardinar el derecho al recurso dentro del ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva. Como señaló la STC 110/1985, de 8 de octubre (F. J. 3º), “*el derecho al recurso procesal legalmente establecido supone, dentro de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la C.E., el derecho a la formulación y admisión ante nuevas instancias jurisdiccionales de las pretensiones desestimadas por el Tribunal a quo, con mayor o menor amplitud de conocimiento, pues tal norma contiene un mandato positivo a su reconocimiento*”<sup>76</sup>. Sin embargo, la propia Jurisprudencia del Tribunal constitucional no ha admitido el reconocimiento *ex Constitutione* del derecho al recurso,

---

<sup>75</sup> La Jurisprudencia constitucional ha venido integrando el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales dentro del espectro del derecho a la tutela judicial efectiva. Como tuvo ocasión de señalarse en la STC 32/1982, de 7 de Junio, (F. J. 2º), el derecho a la tutela judicial efectiva exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido: lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones.

<sup>76</sup> En COLMENERO GUERRA, *El recurso de suplicación*, ob. cit. ut. supra, p. 45, para una visión global del problema, insertando este derecho en el derecho a la tutela judicial efectiva, o en el derecho al proceso debido, vid. GIMENO SENDRA, «El derecho a un proceso laboral con todas las garantías», en *El proceso laboral en la jurisprudencia del tribunal Constitucional*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1996, nº XVII, pp. 331 y ss., VARELA GÓMEZ, «El derecho al recurso en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Justicia*, 1991, nº I, pp. 47 y ss., BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 1992, pp. 33 - 227 y 593 - 613, CHAMORRO BERNAL, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del art. 24.1 de la Constitución*, ob. cit., pp. 12 y 13.



excepción hecha en materia procesal penal<sup>77</sup>. En efecto, como ya señaló la STC 42/1982, de 5 de julio (F. J. 3º), el PIDCP, de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE, consagra el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley.

Lo que nos conduce inequívocamente a considerar el encuadre normativo dispuesto. El derecho al recurso se ha venido entendiendo parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, una vez reconocida legalmente la posibilidad de recurrir<sup>78</sup>. Mientras el derecho a la tutela judicial efectiva goza de un predicamento de relevancia

---

<sup>77</sup> STC 120/2009, de 18 mayo (F. J. 2º): “*es competencia del legislador la configuración del sistema de recursos contra las diversas resoluciones judiciales, arbitrando los medios impugnatorios que estime convenientes con arreglo a los criterios de ordenación que juzgue más oportunos, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que incluso no existan, pues no puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, a salvo la singularidad del ámbito penal.*” Respecto de tales planteamientos se pronuncia COLMENERO GUERRA, *El recurso de suplicación*, ob. cit., p. 51 al afirmar que si de la Constitución no deriva la necesidad de determinados y concretos recursos en un sistema de medios de impugnación, sí es cierto que del texto constitucional deriva la exigencia de recursos en determinados supuestos y para determinadas resoluciones. Si dejamos en un segundo plano el caso del orden jurisdiccional penal en los demás órdenes jurisdiccionales nos encontraremos con resoluciones no susceptibles de impugnación y con resoluciones que siempre son susceptibles de impugnación. El legislador podría situarse en los dos puntos extremos: o bien ninguna resolución es susceptible de impugnación o bien todas las resoluciones son susceptibles de dicha actuación. En el caso en que el legislador decidiera no establecer para los procesos de un determinado orden jurisdiccional medios de impugnación, esta situación no sería conforme a los preceptos constitucionales. Es cierto que la Constitución no fija la necesidad de medios de impugnación determinados, ni tampoco ha optado por un sistema determinado, pero ello no quita que de ella deduzcamos la exigencia de estos en concretos supuestos, que no fija y deja a la libertad del legislador ordinario en su determinación, contenido y alcance, ajustándose a los preceptos constitucionales.

<sup>78</sup> Al respecto, STC 71/2002, de 8 de abril de 2002 (F. J. 3º): “*el acceso a la jurisdicción es un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE; el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales ha de incorporarse al mencionado derecho fundamental proclamado en el citado art. 24.1 CE en la concreta configuración que reciba en cada una de las leyes de enjuiciamiento que regulan los distintos órdenes jurisdiccionales, con la excepción del orden jurisdiccional penal, en razón de la existencia en él de un derecho del condenado al doble grado de jurisdicción.*” Asimismo, ATC 18/2010, de 8 febrero (F. J.2º): “*sin perjuicio de que, una vez que el legislador ha previsto un concreto recurso contra determinadas resoluciones judiciales, el derecho a disponer del citado recurso pasa a formar parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, incorporándose o integrándose en él, lo que es coherente con el carácter de ese derecho fundamental, como derecho de configuración legal.*”

constitucional, el derecho al recurso alcanza un mero carácter legal (STC 176/1997, de 27 de octubre (F. J. 2º)). En definitiva, el derecho a la doble instancia no está incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva con carácter general; si bien, una vez previsto en el cuerpo legal correspondiente, resulta lógico cohonestar una posible denegación ilegítima de acceso al recurso<sup>79</sup> con la vulneración del derecho a la tutela judicial

---

<sup>79</sup> En cuanto a la articulación del principio *pro actione* en sede de recurso, el Tribunal Constitucional comenzó apostando por una aplicación extensiva (STC 132/1987, de 21 de julio (F. J. 2º)). Empero, posteriormente, decide concederle una virtualidad práctica más reducida (STC 37/1995, de 7 de febrero (F. J. 2º)), al entender que otorgada la tutela en la instancia, la aplicabilidad del principio *pro actione* no opera con la misma intensidad en el recurso. A tal fin, emite Voto Particular el Magistrado D. Carlos de la Vega Benayas, en los siguientes términos: “*decir que puesto que los recursos e instancias sucesivas (no penales) quedan al arbitrio del legislador, pueden ser también tratados con criterios más rígidos para su admisión y respuesta judicial, es establecer la mayor discriminación que puede darse, es decir, la de facilitar la negativa (por razones no razonables) a una respuesta o prestación judicial que puede responder a una pretensión tan autónoma, individualizada, digna en Derecho, como la contenida en lo que llamo acceso primario a la jurisdicción. (...) La naturaleza de la instancia o del recurso no puede desvirtuar la tutela judicial exigible, o matizarla hasta el punto de eliminarla.*” En parecidos términos se pronuncia la STC 222/1998, de 24 de noviembre, donde emite voto particular el Magistrado D. Pablo García Manzano, y al que se adhiere el Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra: “*el proceso ha de concebirse como unidad no susceptible de fragmentación en fases o momentos que propicien, para cada una, un tratamiento autónomo desde la perspectiva constitucional que nos ocupa, y que la tutela judicial efectiva juega con la misma intensidad, no menor, en la que se dispensa por los órganos judiciales al admitir y resolver los recursos que en la que se predica del acceso a la primera o única instancia. No hay una tutela judicial efectiva plena y otra debilitada o de inferior rango. El recurrente que no ha obtenido satisfacción a su pretensión en la instancia tiene derecho a que, en la vía de recurso, cuando éste haya sido previsto por el legislador, el órgano judicial le dispense la tutela, admitiéndolo, si procede, y resolviéndolo en cuanto al fondo, porque al hacerlo así está decidiendo el proceso y diciendo el derecho «como última palabra» en el seno de la jurisdicción ordinaria.*”

Las más recientes SSTC 100/2009, de 27 de abril (F. J. 4º) y 35/2011, de 28 marzo (F. J. 3º) acogen una interpretación aún restrictiva al sostener que “*el principio hermenéutico pro actione opera en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, y no en las sucesivas, conseguida una primera respuesta judicial a la pretensión, que es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos.*” Críticos con el referido cambio de criterio, CHAMORRO BERNAL, *El artículo 24 de la Constitución*, IURA, Barcelona, 2005, Tomo I, pp. 397 y ss.; GIL-ROBLES, *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pp. 100 y ss. Conforme con dicho cambio se muestra, BORRAJO INIESTA, *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 56 y ss.

efectiva<sup>80</sup>. Sin embargo, encontramos una firme excepción a tales argumentos: el sistema de recursos previsto en el orden jurisdiccional penal corresponde integrarlo en el derecho al proceso debido del art. 24.2 CE<sup>81</sup>. Como afirma la STC 120/2009, de 18 mayo (F. J. 2º), el mandato incorporado a nuestro Derecho interno, por mor del art. 14.5 PIDCP, obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal (art. 24.2 CE), se encuentra el derecho a recurrir ante un tribunal superior, delimitando así su contenido, puesto que dicho precepto se debe interpretar, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia,

---

<sup>80</sup> GARCÍA MORILLO, *El derecho a la tutela judicial*, en *Derecho Constitucional*, ob. cit., (ref. de 1 de mayo de 2009), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), entiende que el derecho a la doble instancia no está incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva con carácter general; pero sí lo está cuando se encuentra legalmente previsto. Para LORCA NAVARRETE, «La garantía procesal del derecho al recurso», en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2008, Vol. 20, nº 3, pp. 597 y ss., configurada por la LEC la existencia de instancias procesales distintas a la *a quo* o primera instancia, la propia LEC procede, asimismo, a configurar el acceso a esas instancias mediante el reconocimiento de un “derecho a recurrir” (at. 448 LEC); que, si bien, es de configuración legal ordinaria sustraída del ámbito de configuración constitucional, una vez producida esa configuración ordinaria por la LEC no es posible que sea desatendida por el derecho que todos/as tienen a obtener la tutela judicial efectiva. Opina, sin embargo, MORENO CATENA, «El derecho a la tutela judicial efectiva», en *Introducción al Derecho Procesal*, ob. cit. p. 201, que carece de sentido que el Tribunal Constitucional haya extendido el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva hasta el derecho a que el litigante pueda utilizar todos los mecanismos procesales que el legislador pone a su alcance durante toda la tramitación del proceso y, en particular, los recursos previstos en la ley contra las resoluciones judiciales. Pues entiende que esta doctrina hace coincidir el derecho a la tutela judicial efectiva con el ámbito propio del derecho a un proceso con todas las garantías. Asimismo, DE DIEGO DIEZ, *El derecho de acceso a los recursos: doctrina constitucional*, Colex, Madrid, 1998.

<sup>81</sup> Para DE DIEGO DÍEZ, *El derecho de acceso a los recursos: doctrina constitucional*, ob.cit. p. 15, el derecho a los recursos se ha convertido en un auténtico derecho fundamental, bien sea integrado entre los diferentes elementos del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), sin olvidar sobre todo en materia penal que también forma parte del proceso con todas las garantías (art. 24.2). Asimismo, CATALINA BENAVENTE, *El Tribunal Supremo y la tutela de los derechos fundamentales. El recurso de casación y el art. 53.2 de la CE*, Tirant Online, 2010, (ref. de 1 de marzo de 2013), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), sostiene que la conclusión a la que nos llevaba el análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el derecho al recurso es a la de que el derecho al recurso en todos los órdenes jurisdiccionales, excepto en el orden penal, forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, siempre y cuando exista previa configuración legal, es decir, siempre que el legislador haya previsto un recurso frente a la resolución. Sin embargo, en el orden penal, el Tribunal Constitucional tiende a incluir el derecho al recurso dentro del derecho a un proceso con todas las garantías, que obliga a considerar que entre dichas garantías está el acceso ante un tribunal superior.

revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto<sup>82</sup>.

### **3. La articulación del derecho a la tutela judicial efectiva en el orden jurisdiccional penal.**

Sin alejarnos demasiado del punto de partida, aun cuando los anteriores matices, como a continuación veremos, resultarían aplicables a la cuestión penal, vale la pena detenerse en las peculiaridades que presenta.

En materia penal, el derecho a la tutela judicial efectiva ha sido concebido por la Jurisprudencia constitucional como un *ius ut procedatur*, es decir, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo, sino estrictamente como manifestación específica del derecho a la Jurisdicción (STC 16/2001, de 29 de enero (F. J. 4º) en relación con la STC 31/1996, de 27 de febrero (FF. JJ. 10º y 11º), entre otras). Como advertimos *supra*, el primero de los contenidos que informa el citado derecho se residencia en el acceso a la Jurisdicción, esto es, en el derecho a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre aquello que se somete a conocimiento de los referidos órganos estatales (STC 63/1985, de 10 de mayo (F. J. 1º)). Si bien, las particularidades del proceso penal ofrecen una singular perspectiva respecto del derecho que venimos tratando, al confluir en los términos expuestos, con el derecho material de penar, de naturaleza exclusivamente pública y cuya titularidad

---

<sup>82</sup> SSTC 70/2002, de 3 de abril, (F. J. 7º), 105/2003, de 2 de junio, (F. J. 2º) y 136/2006, de 8 de mayo, (F. J. 3º).

corresponde al Estado<sup>83</sup>. Como consecuencia de lo anterior, y a diferencia de otras ramas del ordenamiento jurídico procesal donde generalmente subyace un componente privado notorio, el proceso penal, se configura desde una perspectiva pública, a salvo las consabidas excepciones<sup>84</sup>.

De esta forma, de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, establece el art. 100 de la Ley Procesal Penal<sup>85</sup>. El ejercicio de la acción penal, entendido como el derecho a formular acusación, corresponde bien a los directamente ofendidos o perjudicados por el hecho delictivo, bien a todo ciudadano mediante el ejercicio de la acción popular (art. 270 LEcrim). Asimismo, debemos considerar las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal. Ahora bien, el derecho a formular

---

<sup>83</sup> Al igual que en otras disciplinas del ordenamiento jurídico, no se vislumbra un hipotético derecho a la condena de la contraparte. (SSTC 157/1990, de 18 de octubre (F. J. 4º) y 199/1996, de 3 de diciembre (F. J. 4º), entre otras). El derecho a formular acusación no garantiza el éxito de lo planteado ni, por supuesto, puede imponer la obligación de acordar sanciones penales (STC 83/1989, de 10 de mayo (F. J. 2º)). Tampoco confiere un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, (STC 111/1995, de 4 de julio (F. J. 3º)), a la incoación o apertura de una instrucción penal (SSTC 29/2008, de 20 de febrero (F. J. 10º)). De esta forma, la inadmisión a trámite de una determinada denuncia o querrela no tiene por qué implicar necesariamente la vulneración del citado derecho fundamental. Por ejemplo, véase aquellos casos en que los hechos que se someten a conocimiento jurisdiccional carecen de relevancia penal (STC 129/2001, de 4 de junio (F. J. 2º)). Ahora bien, nada impide reconocer inserto en el contenido del derecho proclamado la posibilidad de agotar los medios de investigación (STC 148/1987, de 28 de septiembre (F. J. 3º)), una vez apreciada la apariencia delictiva de los mencionados hechos. Como advierte la STC 34/2008, de 25 de febrero (F. J. 4º): “*El derecho a la tutela judicial efectiva sólo se satisface si se produce una investigación de lo denunciado que sea a su vez suficiente y efectiva, pues la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo acaecido. Tales suficiencia y efectividad sólo pueden evaluarse con las circunstancias concretas de la denuncia y de lo denunciado, y desde la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad, rasgos ambos que afectan al grado de esfuerzo judicial exigido por el art. 24.1 CE.*” Asimismo, STC 63/2010, de 18 de octubre.

<sup>84</sup> Opina a tal respecto MONTERO AROCA, «El significado actual del llamado principio acusatorio», en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, ob. cit., 2006, p. 321, que el derecho al proceso penal no puede ser lo mismo que el derecho al proceso civil; en éste quien afirme su titularidad de un derecho subjetivo privado tiene derecho, concurriendo los presupuestos y requisitos procesales, a que se realice todo el proceso y a que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto, es decir, a que se realice toda la actividad procesal y a que se dicte un pronunciamiento en el que el juez decida sobre la correspondencia de la pretensión concreta con el ordenamiento jurídico. Por el contrario, en el proceso penal no puede existir en el acusador un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación de toda la actividad procesal, sino que el derecho al proceso se resuelve únicamente en la necesidad de un pronunciamiento por el juez, aunque ese pronunciamiento pueda dictarse ya en el inicio del proceso, pues si el juez en el mismo momento del ejercicio de la acción penal por el acusador considera que los hechos alegados por aquél no están tipificados en la norma penal sustantiva, no tendrá sentido realizar todo el proceso penal.

<sup>85</sup> La técnica jurídica empleada en la redacción del precepto no puede ser más desafortunada.

acusación no finaliza con la mera interposición de la correspondiente querrela, sino que habrá de mantenerse a medida que avance el procedimiento. La acción penal, como sabemos, se articula a lo largo de diferentes estadios del procedimiento<sup>86</sup>. Nos encontramos entonces frente a la primera manifestación de un presupuesto esencial del proceso penal: el principio acusatorio<sup>87</sup>.

No es este tiempo ni lugar para analizar los caracteres que informan el modelo acusatorio puro, toda vez que nos situaría, a grandes rasgos, en fase de juicio oral, informada esencialmente por la desconexión del juzgador respecto de la investigación realizada, así como respecto de la acusación formulada, siendo las propias partes las que introducen tanto los hechos sometidos a enjuiciamiento, el material probatorio y la petición de condena al acusado. Con las consabidas situaciones que permite el art. 733 LEcrim. Todo ello, habrá de producirse en audiencia pública contradictoria, actualmente informada por el principio de oralidad, y los principios consecuencia de éste último<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> Sin que estrictamente podamos advertir ejercicio de acción penal alguna, la denuncia formulada ante los Funcionarios y Cuerpos de Seguridad (arts. 259 y ss. LEcrim), permite la realización de las necesarias actuaciones de investigación, cuyos resultados podrán desembocar en la apertura del correspondiente proceso penal. Igualmente, la denuncia formulada directamente ante el órgano judicial competente o ante el Ministerio Público (art. 264 LEcrim). Actuaciones que, indudablemente, tendrán repercusión sobre la persona que deba soportar la referida investigación.

<sup>87</sup> A pesar del contenido de los arts. 303 y 308 ambos LEcrim, podemos advertir que la iniciación de las primeras actuaciones instructoras podrá acordarse y sostenerse de oficio, indudablemente, negar dicha posibilidad podría suponer conceder un espacio de impunidad inaceptable, dada la configuración orgánica del actual modelo de instrucción penal previsto en la Ley Rituaria. Ahora bien, la formulación de cargos y su continuación en el devenir del procedimiento habrá de acomodarse a las exigencias del principio acusatorio: el ejercicio y mantenimiento de la acción penal corresponde a las partes procesales. Para ASENSIO MELLADO, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1991, p. 24, la solución que plantea el citado precepto no se opone en modo alguno al principio acusatorio en tanto que siempre está vedado al órgano judicial el sostenimiento de la pretensión penal. Asimismo, GIMENO SENDRA, *Fundamentos de Derecho Procesal*, ob. cit., p. 191, afirma que los citados preceptos establecen la posibilidad de que el proceso penal pueda empezar de oficio. Sin embargo, esta facultad se limita tan solo a la iniciación del sumario, pues del art. 308 LEcrim resulta que debe el juez (actualmente el Secretario Judicial conforme a la modificación introducida en dicho precepto por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial) dar parte al inmediatamente al Fiscal de la Audiencia respectiva, a fin de que pueda ejercitar la pretensión de persecución. La imposibilidad de ejercicio de la acusación por parte del juez de instrucción está expresamente sancionada por el art. 102.3 LEcrim.

<sup>88</sup> MONTERO AROCA, «Estructura del proceso» en *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, ob. cit., p. 362.

En cuanto al modelo acusatorio formal o mixto, vigente en el ordenamiento procesal penal español las principales notas que la doctrina le atribuye serían<sup>89</sup>:

- Ejercicio y mantenimiento de la acusación se produce por un órgano distinto al juez.
- La división del proceso en dos fases y las tareas propias de cada una de ellas de investigación y decisión respectivamente, han de ser conferidas a órganos diferentes con el fin de evitar un probable y posible prejuzgamiento por parte del juez sentenciador<sup>90</sup>.
- Relativa vinculación del tribunal a las pretensiones de las partes.

En consecuencia, el modelo acusatorio formal o mixto se caracteriza por la separación en dos fases (sin entrar ahora en la llama «fase intermedia») una de las cuales se dedica a la investigación de los hechos y la averiguación del culpable, la fase de instrucción, y la otra, a enjuiciar los hechos y la culpabilidad, que es el llamado juicio oral. Esta distinción conlleva que para el cumplimiento de la finalidad de la instrucción se establezca su carácter secreto, la limitación del principio de contradicción y del derecho de defensa, la limitación de la igualdad de las partes, la escritura como obligada forma de documentación de las actuaciones. Mientras que en el juicio oral, el verdadero

---

<sup>89</sup> ASENCIO MELLADO, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, ob. cit. 17 y 18. Asimismo, DE LLERA SUAREZ - BÁRCENA, «La correlación entre acusación y sentencia: los principios acusatorio y de contradicción», en *El proceso penal*, ob. cit., (ref. de 14 de mayo de 2013), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com). Por su parte, CORTÉS DOMINGUEZ, «El proceso» en *Introducción al Derecho Procesal*, ob. cit. pp. 267 y ss., sostiene que el principio acusatorio impone, pues, la división estructural y funcional del proceso entre la instrucción y el juicio oral; la fase de instrucción como fase necesaria de investigación previa al proceso propiamente dicho, requiere que sea llevado por el órgano judicial o por el Ministerio Fiscal en cuanto tienen los poderes y facultades necesarias para realizar actos que afecten a las personas y a los bienes pero requiere, en el caso de que sea el órgano judicial quien investigue, que sea distinto al que va a juzgar y, algo más, el principio acusatorio impone que toda esa actividad investigadora no sea considerada como material probatorio del juicio. Nuestro ordenamiento así lo acoge al establecer competencias funcionales diversas en una y otra fase (...). Pero fundamentalmente lo que impone el principio acusatorio es que el órgano judicial falle solo sobre los hechos acusados por las partes acusadoras y que, por tanto, exista correlación entre la acusación y la sentencia.

<sup>90</sup> Como señala GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 156, otra clave del sistema acusatorio es que la función de acusar no puede ser desarrollada por la misma persona que tiene la función de juzgar. Asimismo, es inherente a un sistema acusatorio que la persona encargada de investigar o instruir no puede desarrollar la función de juzgar y decidir. Y recuérdese que en la instrucción no hay acusación.

proceso penal, rigen en toda su amplitud la igualdad, la contradicción, la oralidad, la publicidad<sup>91</sup>.

De esta forma, la víctima ha ganado protagonismo en el ordenamiento jurídico español en cuanto al reconocimiento de derechos se refiere, y muy en particular, el derecho de acción penal. El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva comprende, entre otros aspectos, la posibilidad de agotar los medios de investigación (STC 148/1987, de 28 de septiembre (F. J. 3º)), una vez apreciada la apariencia delictiva de los hechos investigados<sup>92</sup>. Asimismo, el derecho a sostener la acusación mientras el proceso penal se encuentra en curso.

Sin embargo, en cuanto a la resolución del conflicto penal, la víctima sigue siendo la gran olvidada del proceso penal, cuando no desahuciada. La formulación actual del derecho a la tutela judicial efectiva excluye la participación de la víctima en la composición del conflicto penal más allá de los extremos comentados, visto el componente público presente en los procesos penales. Como advertimos, no se ha propiciado una apertura cierta hacia la participación de la víctima en el proceso de reparación del daño o perjuicio causado en su persona o sus bienes a consecuencia de la comisión del ilícito penal. Ni tan siquiera en la ejecución de lo previamente resuelto<sup>93</sup>, donde el componente privado que representa el interés intersubjetivo presente en la composición del conflicto penal puede adquirir cierta relevancia en compromiso tanto

---

<sup>91</sup> GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, ob. cit., p.153.

<sup>92</sup> Como advierte la STC 34/2008, de 25 de febrero, (F. J. 4º), el derecho a la tutela judicial efectiva sólo se satisface si se produce una investigación de lo denunciado que sea a su vez suficiente y efectiva, pues la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo acaecido. Tales suficiencia y efectividad sólo pueden evaluarse con las circunstancias concretas de la denuncia y de lo denunciado, y desde la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad, rasgos ambos que afectan al grado de esfuerzo judicial exigido por el art. 24.1 CE. Asimismo, STC 63/2010, de 18 de octubre.

<sup>93</sup> Ciertamente, como afirma GIMENO SENDRA, *Fundamentos de Derecho Procesal*, ob. cit. p. 191, el Estado tiene el monopolio de la imposición de penas y la ejecución penal, a diferencia de la civil, es forzosamente necesaria, correspondiendo al Estado su ejecución *ex officio*.



con la ejecución de una pena privativa de libertad, la reparación del daño o perjuicio causado a la víctima, como la potencial resocialización del reo<sup>94</sup>.

### **III. EL ADECUADO EQUILIBRIO QUE HA DE INFORMAR EL PROCESO PENAL.**

Dada la configuración del proceso penal, frente a quien sostiene la acusación se sitúa aquél contra quien ésta se dirige, es decir, al considerar el concepto de acusación hemos necesariamente de acudir al concepto de defensa<sup>95</sup>. Aun tratándose de dos posiciones, en principio, antagónicas y enfrentadas, quien acusa por un lado, y quien se defiende de tales acusaciones por otro, ambos conceptos resultan ser cara y cruz de una misma moneda<sup>96</sup>. Porque sin acusación difícilmente podremos entender la necesidad de la defensa<sup>97</sup>. Y al contrario, si no se han dado las condiciones necesarias para afirmar una adecuada defensa, no estaremos ante una verdadera acusación, sino ante una mera afirmación de culpabilidad.

---

<sup>94</sup> A modo de excepción, la formulación de los términos en que se regula el instituto de la conformidad permite sostener cierto carácter negocial en cuanto a la actividad que acusación y defensa pueden desempeñar. A tal efecto, la presencia vinculante del Ministerio Público, como la posterior convalidación judicial de previsible acuerdo puede significar un estímulo contenedor de eventuales situaciones que pudieran favorecer el prevalimiento de una parte respecto de su contraria.

<sup>95</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, «La acusación y la imputación», en *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 135.

<sup>96</sup> Para GÓMEZ COLOMER, «La defensa», en *Derecho jurisdiccional III, Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, vol. III, p. 272, la defensa es la otra cara de la acusación.

<sup>97</sup> Como sostiene ALMAGRO NOSETE, *Consideraciones de Derecho procesal*, ob. cit., p. 118, el derecho de defensa supone la necesidad o conveniencia de defender algo frente a alguien.

En efecto, el proceso penal es ante todo equilibrio<sup>98</sup>. Sabido es que el proceso penal es el cauce para actuar el Derecho Penal. Los tres grandes componentes presentes en el mismo: acusación, defensa y eventual articulación del *ius puniendi*. Frente al derecho de acción penal, la investigación y eventual condena estatal, debemos necesariamente situar los derechos del sujeto pasivo del proceso penal, cuya articulación se modula según la etapa procesal en que nos encontremos. A grandes rasgos, se significan entonces los célebres principios procesales que informan dicho equilibrio: acusación, defensa e igualdad procesal. Y dentro de este sistema de investigación y enjuiciamiento debemos situar a la presunta víctima.

De esta forma, advertimos la división del proceso penal en diferentes fases, como consecuencia de la implantación de un modelo acusatorio formal o mixto, informado por una fase de instrucción, no estrictamente procesal, que culminará con la formación del correspondiente sumario (art. 299 LEcrim) si nos situamos en la órbita del procedimiento ordinario, o en diligencias previas (774 LEcrim), si hacemos lo propio respecto del procedimiento abreviado. Y una fase de juicio oral, informada por las características antes mencionadas, donde se dilucidará si procede articular condena y en qué condiciones.

---

<sup>98</sup> Como sostiene GUZMÁN FLUJA, «La anticipación y la prueba penal» en *Prueba y Proceso Penal*, Tirant Online, 2008, (ref. de 21 de junio de 2013), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), no cabe ocultar que el proceso penal está sometido a una constante tensión entre la eficacia que se le exige como instrumento para el ejercicio del «ius puniendi» del Estado y la obligación de que se respeten los derechos, señaladamente los de carácter fundamental, de toda persona imputada y acusada. (...) Esta tensión se resuelve en una especie de «zona de equilibrio» que debe tener unos límites infranqueables dentro de los cuales unas veces el balance se inclinará hacia uno de los límites y otras veces hacia el otro. Asimismo, señala MORENO CATENA, MORENO CATENA, «Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal», en *Prueba y proceso penal*, Tirant Online, 2008, (ref. de 27 de junio de 2013), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), el proceso penal representa probablemente el principal campo de tensión entre la exigencia ciudadana de seguridad y el derecho a la libertad de quien se ve sometido al proceso. El proceso penal sirve para garantizar la seguridad pública, como un valor digno de especial protección, pues funciona precisamente como el elemento de cierre de la lucha contra la criminalidad y de las medidas de política criminal que deben adoptar los poderes públicos. Pero también debe salvaguardar los derechos de la persona que se ve sometida al proceso penal, pues cuando alguien es llamado como imputado aparece su libertad seriamente amenazada, y el valor político que representa la libertad, o el conjunto de derechos que conforman las libertades civiles, se ponen en riesgo, tanto por la definitiva imposición de sanciones en la sentencia condenatoria como en razón de las medidas cautelares y de las diligencias de investigación que puedan ordenarse durante la sustanciación del proceso.

A pesar de que los argumentos recién expuestos han sido reiterados por la doctrina de manera incesante, alcanzar el adecuado equilibrio que ha de informar el proceso penal no es tarea fácil<sup>99</sup>. Resulta una cuestión ciertamente delicada<sup>100</sup>, especialmente, en la materia específica de los delitos de terrorismo, pues la posición que ocupan tanto víctima como victimario se aleja de los parámetros típicos que informan la investigación y enjuiciamiento del común de los delitos. Más aún si tenemos en cuenta dos ideas conectadas por un nexo común: la especial relevancia de los delitos de terrorismo en cuanto a sus efectos y estructuras. La primera idea indica que los efectos causados a consecuencia del ilícito penal por causa de terrorismo pueden resultar devastadores, pudiendo afectar exponencialmente derechos fundamentales de la víctima, de índole diversa, así como, repercutiendo en el conjunto de la Sociedad, las

---

<sup>99</sup> Sostiene DAMASKA, «Aspectos globales de la reforma del proceso penal», en *Reformas de la Justicia Penal en las Américas*, Fundación para el Debido Proceso Legal, 1999, la existencia de dos fuentes poderosas de presiones. Una primera de carácter pragmático referido al aumento vertiginoso en el número de casos que ingresan al sistema de justicia penal. Pero debido a que los procesos tradicionales no fueron diseñados para funcionar en esta escala grandemente ampliada, ha surgido la necesidad de racionalizar el esquema procesal. La justicia, que cuenta con recursos limitados, debe ser “racionada”. La segunda fuente de presiones es una cuestión de principio, o de ideología procesal. Se le ha llamado de diversas maneras, como preocupación por que sea justo, debido proceso o derechos humanos. Al respecto, factores tanto pragmáticos como ideológicos empujan en diferentes direcciones. La preocupación por fortalecer los derechos del imputado exige que se observen formas que desaceleran el impulso de las acciones penales y que pueden complicar la búsqueda de la verdad. Por otro lado, preocupaciones pragmáticas exigen la simplificación de los esquemas procesales y la remoción de formas de justicia que obstaculizan el flujo regular de casos a través del sistema. No es nada fácil resolver la tensión resultante y encontrar un equilibrio aceptable entre los factores pragmáticos e ideológicos.

<sup>100</sup> Como sostiene LÓPEZ ORTEGA, «Contradicción y defensa (Cinco cuestiones sobre prueba penal, precedidas de una introducción sobre la eficiencia del proceso penal)», en *La generalización del Derecho Penal de excepción: tendencias legislativas, Estudios de Derecho Judicial*, 2007, pp. 126 y ss., es una confusión muy extendida identificar la eficacia de un sistema de justicia criminal con el aumento de la intervención penal.

instituciones y el propio Estado<sup>101</sup>. La segunda idea apunta a la posición que ocupa la víctima en el proceso penal informado por causa de terrorismo, y su minusvalorada participación en la investigación de los hechos delictivos. Ello se debe principalmente a la relevancia pública de dicha investigación y la dificultad implícita en la averiguación de unos hechos delictivos previsiblemente coordinados a partir de una estructura organizativa. Todo lo anterior nos conduce necesariamente a considerar la materia de seguridad.

---

<sup>101</sup> Incluso recientes acontecimientos acaecidos en Woolwich, Londres, el 22 de mayo de 2013, cuya autoría se imputa bajo lo que se ha venido a denominar “lobos solitarios”, causando la muerte de una persona perteneciente a la carrera militar mediante el cuchillo, describen una idea fundamental respecto a la materia del terrorismo: la publicidad y el marketing del paradigma. El efecto pretendido no varía. Como sostiene KALDOR, El terrorismo como globalización regresiva», en *Cuadernos del Sureste*, 2004, nº XII, pp. 112-123, los grupos como Al Qaeda se distinguen de los terroristas clásicos por sus objetivos; por las formas de violencia, que se dirige sobre todo contra la población civil y diversos objetivos simbólicos, en vez de objetivos con valor económico; por sus formas de organización, que suelen consistir en redes transnacionales en vez de estructuras de mando jerárquicas; por su uso de los nuevos medios de comunicación e Internet, y por sus formas de financiación, que tienden a ser transnacionales y criminales. Ahora bien, por encima de todo, estos grupos tienen en común el compromiso con la idea de la lucha armada, la guerra entre el bien y el mal. Asimismo, afirma BUSTOS RAMÍREZ, «Inseguridad y lucha contra el terrorismo» en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, «*Cedant Arma Togae*», (Coords. Losano y Muñoz Conde), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 407, que partiendo de la legislación chilena, hechos que conforme a su propia naturaleza, como el homicidio, no tienen para su configuración un elemento subjetivo específico, se transforman en un delito de intencionalidad trascendente mediante la inserción de «la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctimas de delitos de la misma especie». Ya no es el hecho lo que interesa, sino sujetos movidos por esa finalidad, no es el homicidio lo relevante, sino el terrorista. Desde esta perspectiva ya no sólo el delito mismo afecta la convivencia social, sino también el efecto que provoca el sistema jurídico penal en el imaginario social resulta fundamental.

## 1. El derecho a la seguridad: una preocupante indefinición.

El ordenamiento jurídico español no define el concepto de seguridad<sup>102</sup> con el debido rigor que cabría esperar en la formulación jurídica de uno de los pilares básicos sobre los que se sustenta la configuración política del Estado, apostando por acompañar el término de adjetivos, cuya consideración conjunta, no ha aportado sino mayor complejidad al asunto<sup>103</sup>. De esta forma, encontramos la seguridad personal, quizás la

---

<sup>102</sup> Según BERNARDI, «Seguridad y Derecho Penal en Italia y en la Unión Europea», *Polít. crim.*, 2010, Vol. 5, nº 9, p. 69, la seguridad puede ser entendida tanto en sentido negativo (es decir, como un fin que justificaría limitaciones a los derechos/libertades), como en sentido positivo (es decir, como un derecho o, al menos, como un bien merecedor de protección). Entendida en sentido negativo, la seguridad asume un carácter eminentemente público (propio del derecho público): siendo un fin esencial del Estado la auto-preservación, tanto en cuanto institución como en cuanto colectividad de sujetos, ella se alcanza no sólo prohibiendo comportamientos considerados dañinos, sino también colocando límites a las libertades fundamentales. Entendida la seguridad en sentido positivo, ella asume un carácter eminentemente privado, constituyendo un derecho de los sujetos el de ser tutelados, tanto de cara al Estado como de cara a otros sujetos. Para BERGALLI, «Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado en la modernidad tardía» en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, «*Cedant Arma Togae*», (Coords. Losano y Muñoz Conde), ob. cit., p. 65 y ss., la Constitución española adopta dos conceptos de seguridad: uno amplio y otro restringido. El primero puede verificarse en el Título Primero, Capítulo Tercero «De los principios rectores de la política social y económica». El segundo concepto de seguridad es el restringido, que se limita a la protección de la denominada como seguridad ciudadana la cual, como derecho de los ciudadanos, corresponde proteger a la misión de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno. Asimismo, sostiene que el concepto de seguridad restringido ha desplazado al concepto amplio que fue la sustancia y el eje de las políticas sociales del modelo del *Welfare* (...). Por ello es que, si bien en España el concepto de libertad queda equiparado con el de seguridad en su concepto amplio, inmediatamente el concepto restringido se configura como prioritario y pasa a constituirse, como en el resto de la actual Unión Europea, en el eje de las denominadas políticas de seguridad y prevención del delito. Por su parte, BUSTOS RAMÍREZ, «Inseguridad y lucha contra el terrorismo» en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, «*Cedant Arma Togae*», (Coords. Losano y Muñoz Conde), ob. cit. p. 404, sostiene que la seguridad en sentido estricto implica que en un ordenamiento jurídico tenga en consideración un conjunto de circunstancias que posibiliten el desarrollo de la libertad y la igualdad en la convivencia social. Dichas circunstancias tienen relevancia tanto dentro del propio ordenamiento jurídico como en relación a la propia convivencia social como espacio fáctico. Así un conjunto de normas ordenadas, sistematizadas, priorizadas, esto es, ciertas, resultan fundamentales para la seguridad jurídica, pero también la participación de los ciudadanos y por lo menos la mínima satisfacción de sus necesidades físicas y espirituales, son también básicas para la seguridad, entendida ésta como valor en referencia para el desarrollo de la libertad y la igualdad. En otras palabras, la seguridad no se puede medir en sí misma, sino desde la libertad y la igualdad, todo ese conjunto de circunstancias dicen relación con estos valores, ellos dan la medida del equilibrio preciso, de la justicia.

<sup>103</sup> A todo ello debemos añadir la deficiente conceptualización de diferentes términos con que se vinculan con la seguridad: principio de seguridad, política de seguridad, estrategia de seguridad, garantía de seguridad, etc.

mejor delimitada vía jurisprudencial por mor del art. 17.1 CE; seguridad pública, a la cual se vincula el afluente de seguridad ciudadana, regulada en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, y de forma tangencial, en la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil; seguridad nacional y, en cuanto tal, encontramos seguridad interior y exterior; lo que nos conduce necesariamente a considerar la seguridad común a nivel comunitario. O bien, seguridad en cuanto a servicios, véase seguridad informática, alimentaria, entre otros muchos ejemplos. Consideremos las dos primeras: seguridad pública y seguridad nacional.

El concepto de seguridad, contemplado desde una perspectiva pública<sup>104</sup>, fue primeramente abordado por la STC 33/1982, de 8 de junio (F. J. 3º), como la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas<sup>105</sup>. Ahora bien, como el propio Tribunal Constitucional ha soslayado, no toda seguridad de personas y bienes, ni toda normativa encaminada a conseguirla o a preservar su mantenimiento, puede englobarse en aquélla, pues, si así fuera, la práctica totalidad de las normas del ordenamiento jurídico serían normas de seguridad pública, cuando es claro que se trata de un concepto más estricto en el que

---

<sup>104</sup> A pesar de la Exposición de Motivos de Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuando sostiene que la seguridad pública constituye una competencia difícil de parcelar, toda vez que no permite delimitaciones o definiciones con el rigor y precisión admisibles en otras materias. Ello es así porque las normas ordenadoras de la seguridad pública no contemplan realidades físicas tangibles, sino eventos meramente previstos para el futuro, respecto a los cuales se ignora el momento, el lugar, la importancia y, en general, las circunstancias y condiciones de aparición.

<sup>105</sup> Sin embargo, no han faltado pronunciamientos que han considerado de forma unitaria los conceptos de seguridad pública, seguridad ciudadana y orden público. Véase la STC 325/1994, de 12 diciembre (F. J. 2º): *“la Constitución utiliza la palabra «seguridad» con la misma acepción medular pero con distintos matices según el adjetivo que le sirva de pareja. Habla, por una parte, de la seguridad jurídica (art. 9 CE), uno de los principios cardinales del derecho a la par del valor justicia. Hay otra seguridad, la que es soporte y compañera de la libertad personal (art. 17 CE), cuya esencia se pone desde antiguo en la tranquilidad de espíritu producida por la eliminación del miedo. (...). Esta, a su vez, aparece conectada a la tercera especie, la seguridad pública (art. 149.1.29 CE) también llamada ciudadana, como equivalente a la tranquilidad en la calle. En definitiva, tal seguridad se bautizó ya en el pasado siglo con la rúbrica del «orden público», que era concebido como la situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos.”*

hay que situar de modo predominante las organizaciones y los medios instrumentales (STC 59/1985, de 6 de mayo (F. J. 2º))<sup>106</sup>.

Por su parte, la recientemente publicada Estrategia de Seguridad Nacional, define el concepto de seguridad nacional<sup>107</sup>, desde su consideración de servicio público, como la acción del Estado dirigida a proteger la libertad y el bienestar de sus ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos. El mandato constitucional de garantizar la convivencia democrática dentro del marco de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico y de proteger a los ciudadanos en el libre ejercicio de sus derechos y libertades públicas se facilita en nuestro país mediante un sistema de seguridad pública apoyado fundamentalmente en dos cuerpos estatales, uno de naturaleza civil -el Cuerpo Nacional de Policía- y otro de naturaleza militar -la Guardia Civil- que, junto a policías autonómicas y locales, tienen la responsabilidad del mantenimiento de la seguridad ciudadana<sup>108</sup>.

Resulta entonces complicado, bajo las anteriores premisas, distinguir cuándo nos encontramos estrictamente ante un cuestión de seguridad pública, y cuándo estamos ante una cuestión de seguridad nacional, pues ambos conceptos responden a unos objetivos afines, dentro de un ámbito de actuación similar, y desde ambas perspectivas puede resultar legítimo, con idéntico planteamiento, la afectación de derechos fundamentales por causa de seguridad. En buena lógica, podría pensarse que mientras la seguridad pública refiere individuos y bienes, entroncando directamente con el mantenimiento del orden público, la seguridad nacional hace lo propio respecto de las

---

<sup>106</sup> El ámbito normativo de la seguridad pública puede ir más allá de la regulación de las intervenciones de la «policía de seguridad», es decir, esos servicios policiales, no agotan el ámbito material de lo que hay que entender por seguridad pública (STC 104/1989, de 8 de junio, F. J. 3º).

<sup>107</sup> Para BUSTOS RAMÍREZ, «Inseguridad y lucha contra el terrorismo» en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, «*Cedant Arma Togae*», (Coords. Losano y Muñoz Conde), ob. cit., p. 407, la legislación terrorista es un derivado residual de la teoría de la seguridad nacional, es decir, de la prioridad esencial del poder penal estatal y, en consecuencia, de la inseguridad en la convivencia social, en la afección al desarrollo de las libertades y la igualdad.

<sup>108</sup> Ministerio de Defensa, *Estrategia de Seguridad Nacional, Un proyecto compartido*, mayo 2013, (ref. de 1 de junio de 2013), disponible en Web: [www.defensa.gob.es](http://www.defensa.gob.es). Asimismo, el texto ordena que en el plazo de seis meses desde su constitución, el Consejo de Seguridad Nacional elaborare una propuesta de anteproyecto de Ley Orgánica de Seguridad Nacional para su posterior elevación al Consejo de Ministros.

instituciones y el Estado, quizás desde una perspectiva de política interior y exterior. Sin embargo, tales argumentos resultan a nuestro entender insuficientes dada la evidente interconexión existente entre el contenido de ambos conceptos.

## **2. La demanda de seguridad frente a la garantía de los derechos fundamentales.**

Sea como fuere, y ateniéndonos a los anteriores argumentos, la demanda de seguridad resulta cada vez mayor. Nuevas amenazas sustituyen las ya superadas, o en vías de superación, o bien ocupan un espacio de actuación hasta la fecha desconocido, es decir, la capacidad del terrorismo, por primera vez referenciado en forma nominativa, es también mayor. Tales circunstancias han arrojado unas consecuencias muy precisas en Derecho penal, fruto de las cuales se han articulado múltiples reformas sobre aquel Código Penal promulgado en 1995. Asimismo, en materia procesal penal, especialmente en la investigación criminal y la ausencia de una precisa y explícita regulación al respecto, en conexión con un minusvalorado Derecho probatorio. Se vislumbra, entonces, un concepto de seguridad frente a la amenaza que suponen las consecuencias del delito<sup>109</sup>, que si en un principio podríamos enmarcar en el art. 17.1 CE<sup>110</sup>, en los supuestos de delitos especialmente graves trasciende del ámbito de la seguridad

---

<sup>109</sup> A tal efecto, se pronuncia el art. 67.3 TUE al disponer que la Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, (...) medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales.

<sup>110</sup> Como sostiene BERNARDI, *Seguridad y Derecho Penal en Italia y en la Unión Europea*, ob. cit., p. 78, el hecho de que tanto en Italia como en Europa el derecho a la seguridad individual sea entendido a nivel supra-legislativo como derecho a ser tutelado de los abusos de la autoridad no significa sin embargo que, en los mismo ámbitos, no pueda también subsistir un derecho a la seguridad privada concebido como derecho a ser protegido frente a la criminalidad.



personal<sup>111</sup>. La cuestión resulta aún más compleja, al considerar aspectos de actualidad en la actuación terrorista, véase el ciberterrorismo, o la utilización de instrumentos delictivos con capacidad para causar daños materiales y personales de una envergadura descomunal.

De otro lado, respecto de los derechos del sujeto investigado, debemos advertir una merma significativa de los derechos que informan la configuración de los derechos procesales o con incidencia procesal, en la investigación de los delitos de terrorismo<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> Para BERGALLI, «Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado en la modernidad tardía» en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, «*Cedant Arma Togae*», (Coords. Losano y Muñoz Conde), ob. cit., p. 73, sostiene que el concepto de seguridad se vincula al surgimiento de los Estados sociales. Después de la segunda post-guerra mundial, como ya lo he dicho, la seguridad asumió un contenido integral, relativo a la presencia y la participación de cada ser humano en las distintas actividades de la vida social. La seguridad, en este sentido, sobre todo en Europa se asoció con el sentimiento de solidaridad, base y sustento de todo sentimiento colectivo. De aquí, entonces, que la seguridad de bienes y personas quedaba incluida en ese concepto amplio de seguridad. Posteriormente, con el deterioro de las relaciones ecológicas, la degradación ambiental, el abusivismo edilicio, junto a la creciente pérdida de puestos de trabajo, el excesivo precio de la vivienda, la insuficiencia de los servicios para la atención de la salud y el quebranto de la educación pública, se difundió un sentimiento de inseguridad pero asociado estrictamente con la criminalidad de calle (la del tirón, del robo del radiocasete de los coches) o la de los domicilios la cual, pese a acarrear peligros contra la vida o su integridad, afecta a sectores muy circunscriptos de las áreas urbanas y a actividades económicas limitadas.

<sup>112</sup> Interesantes argumentos los vertidos respecto de la restricción de derechos fundamentales en la investigación de los delitos de terrorismo, y muy especialmente, en cuanto a la potencial financiación económica de actividades terroristas, pueden encontrarse en la STEDH de 3 septiembre 2008, Caso Al Barakaat International Foundation y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas y otros. La sentencia referida centra su argumentario en la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales y la función de salvaguarda y control jurisdiccional ejercido por el juez comunitario al objeto de conciliar, por una parte, las preocupaciones legítimas de seguridad en cuanto a la naturaleza y a las fuentes de la información tenida en cuenta para adoptar el acto de que se trate y, por otra, la necesidad de permitir que el justiciable disfrute en grado suficiente de la protección que ofrecen las normas de procedimiento. Asimismo, la STEDH de 15 de noviembre de 1996, Caso Chahal c. Reino Unido.

Conviene ahora dejar apuntada la idea pues tendremos ocasión de desarrollar tales argumentos a lo largo del presente trabajo<sup>113</sup>.

En conclusión, las anteriores razones abonan la creación de espacios de actuación que fomentan un desequilibrio manifiesto en el proceso penal en el que se dilucidan responsabilidades por causa de terrorismo, atemperado, hasta el momento, por la garantía jurisdiccional que ha de informar las actuaciones investigadoras, pero sobre todo enjuiciadoras<sup>114</sup>. La cuestión principal radica entonces, en considerar cuándo y bajo qué parámetros resulta posible legitimar dicho desequilibrio, y asimismo, qué mecanismos de contención serán introducidos en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo para mitigar las consecuencias del mismo.

---

<sup>113</sup> Señala BERNARDI, *Seguridad y Derecho Penal en Italia y en la Unión Europea*, ob. cit., p. 84, que la pretendida finalidad de seguridad ha producido una serie de reformas que han terminado comprimiendo significativamente algunos derechos y garantías fundamentales: en suma, todas aquellas normas de la legislación de emergencia que, desde diversos puntos de vista, estaban o están todavía hoy al límite de la legitimidad constitucional. Asimismo, BERGALLI, «Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado en la modernidad tardía» en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, «*Cedant Arma Togae*», (Coords. Losano y Muñoz Conde), ob. cit., p. 66, sostuvo que al terror, como forma emergente de lucha política, corporeizada desde finales de 1960 y a lo largo de 1970, por movimientos minoritarios en la República Federal de Alemania, en Francia y en Italia, los Estados democráticos y constitucionales de derecho replicaron con una legislación y unas prácticas de control penal de carácter todas ellas excepcionales. El antiterrorismo fue la respuesta a la emergencia terrorista y de esta forma se instaló en toda Europa lo que se conoce como una cultura de la emergencia. Con esto se inició una temporada de descenso del nivel de garantías, sobre todo de las jurídico-penales y procesales, las cuales quedaron francamente degradadas por la legislación excepcional que justificó en aquellos países la creación de cuerpos especiales de policía, de jurisdicciones singulares y de cárceles de máxima seguridad o de la dedicación de áreas o sectores específicos de estos establecimientos para alojar a internos calificados como de extrema peligrosidad.

<sup>114</sup> Para BUSTOS RAMÍREZ, «Inseguridad y lucha contra el terrorismo» en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, «*Cedant Arma Togae*», (Coords. Losano y Muñoz Conde), ob. cit. p. 410, el poder posibilita el desarrollo de la libertad, la igualdad y la justicia, en la medida que está sujeto a ciertos límites, en caso contrario significa la involución de tales principios básicos para la convivencia social. La seguridad requiere un poder, pero un poder con límites. En ese sentido el derecho penal es el símbolo más intenso en la sociedad de la relación entre seguridad e inseguridad, en la medida que el derecho penal se extiende y profundiza como derecho garantizador, brilla la seguridad, en cuanto, por el contrario, se desmontan sus garantías, surge la opacidad de la inseguridad.

#### **IV. EL CONCEPTO DE DEFENSA.**

Desarrolladas las posibilidades que apuntan las fórmulas de resolución de conflictos y el derecho a la tutela judicial efectiva, con menor o mayor acierto, juzgue el propio lector, debemos dilucidar aquello que entendemos por defensa.

El término “*defensa*” suscita la idea de protección frente a agresiones externas<sup>115</sup>. Como dejamos indicado, resulta necesario considerar dos elementos esenciales que posteriormente habrán de ser puestos en relación, esto es, agresión y defensa. Una vez traspasado al plano jurídico, podremos identificar el término “*agresión*” con dos ideas sustanciales. Por un lado, esta agresión que bien podríamos referenciar en el derecho de imponer sanciones penales, valga la pena recordar, de exclusiva titularidad estatal, el cual puede llegar a poner en cuestión derechos de tan gran valía como la libertad de las personas<sup>116</sup>. De otro lado, la referida agresión se producirá entonces en el marco de un proceso penal, o bien, dadas las oportunas actuaciones investigadoras, las cuales podrán desembocar en el correspondiente proceso penal<sup>117</sup>. De esta forma, el derecho de acción penal se configura entonces como el vehículo a través del cual la agresión se materializa, es decir, el derecho de acción penal mide la intensidad de dicha agresión a lo largo del proceso penal.

En cuanto al término “*defensa*”, ya hemos aportado si bien intuitivamente algunos de sus rasgos característicos<sup>118</sup>. Concebida pues la defensa como la reacción que se acoge frente a una agresión<sup>119</sup>, no cabrá más que articular los adecuados revestimientos jurídicos que informen su configuración. En efecto, dentro del proceso penal, y más aún, con carácter previo a su correspondiente sustanciación, el concepto que venimos

---

<sup>115</sup> Diccionario de Lengua Española de la Real Academia Española, (ref. de 30 de junio de 2009), disponible en Web: [www.rae.es](http://www.rae.es).

<sup>116</sup> Como afirma MORENO CATENA, *La defensa en el proceso penal*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 18 y 19, si el fundamento de la referida agresión lo residenciamos en aquel derecho estatal de imponer sanciones penales, su finalidad resulta de preservar al sujeto pasivo del proceso penal de un tratamiento injusto e inadecuado.

<sup>117</sup> Agresión que, a los efectos que aquí interesan, conviene no confundir con aquélla que se desarrolla, generalmente, en un ámbito no jurídico.

<sup>118</sup> Sobre el uso del término “defensa” en la práctica forense se pronuncia, CAROCCA PÉREZ, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 24 y ss.

<sup>119</sup> GUTIERREZ-ALVIZ CONRADI, «Aspectos básicos del derecho de defensa», en *Revista de Derecho procesal iberoamericana*, 1973, nº 4., p. 760.

manejando se verá reflejado en las distintas etapas por las que atraviese bien la propia investigación bien el propio cauce acusatorio. Con menor o mayor intensidad en función del tipo de actuación de que se trate, los derechos que se afecten con dichas actuaciones y el momento procesal en que nos encontremos, entre otras cuestiones. Situados en el marco del proceso, y más concretamente del proceso penal, desde la perspectiva del derecho fundamental de defensa, abordaremos nuestros análisis.

## **V. EL MARCO JURÍDICO DEL DERECHO DE DEFENSA.**

El encuadre constitucional que corresponde a lo hasta expuesto lo encontramos en el art. 24 de la Carta Magna, por un lado, al proscribir la indefensión en su apartado primero, y por otro lado, cuando dispone que todos tiene derecho a la defensa y asistencia letrada, en su apartado segundo<sup>120</sup>. En efecto, resultaría posible encuadrar dentro del apartado primero del referido artículo los conceptos que anteriormente manejábamos. Derecho a la tutela judicial efectiva que se predica respecto de ambas partes procesales, en cuanto al contenido que desarrollamos anteriormente. Prohibición de indefensión, prescrita en el primer inciso del precepto citado, terminología con que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha convenido referir la defensa jurídica de los derechos. Lo que se conoce como concepto amplio de indefensión. Inequívocamente vinculado al derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva<sup>121</sup>.

Así, en el segundo inciso, se vislumbra la articulación en sede procesal del citado derecho, concepto estricto de indefensión<sup>122</sup>, es decir, cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho de defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (STC 48/1986, de 23 de abril (F. J. 1º)); cuando la parte se ve privada injustificadamente de la oportunidad de defender su

---

<sup>120</sup> Asimismo, el art. 17 CE al prescribir el estatuto básico del detenido, consigna determinadas garantías directamente vinculadas con el ejercicio del derecho de defensa.

<sup>121</sup> Al respecto, STC 48/1984, de 4 de abril (F. J. 1º): “*la idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica, de la que se ha dicho que supone el empleo de los medios lícitos necesarios para preservar o restablecer una situación jurídica perturbada o violada, consiguiendo una modificación jurídica que sea debida, tras un debate (proceso), decidido por un órgano imparcial (jurisdicción).*”

<sup>122</sup> Aun cuando no han faltado críticas al anterior planteamiento, lo cierto es que, el Tribunal Constitucional ha admitido tales postulados a la hora de interpretar el contenido del art. 24 CE. Vid. CAROCCA PÉREZ, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 358 y ss.

respectiva posición procesal, acarreándole tal irregularidad un efectivo menoscabo de sus derechos o intereses (STC 44/1998, de 24 febrero (F. J. 3º))<sup>123</sup>. Por tanto, el derecho de defensa se garantiza, al igual que el derecho a la tutela judicial efectiva, a ambas partes procesales, es decir, ambos derechos presentan una determinación subjetiva dual<sup>124</sup>. Una vez se acude al proceso para la pacificación de un determinado conflicto, con la vista puesta en el proceso penal, frente al derecho a la acusación, derecho a obtener la tutela judicial efectiva, se reconoce un derecho de signo contrario, el derecho del sujeto pasivo del proceso a obtener también la tutela efectiva por medio de una adecuada defensa, derecho a repeler esta agresión que pone en cuestión sus bienes jurídicos más importantes, entre ellos, su libertad<sup>125</sup>.

De otro lado, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa, como hemos advertido, aunque conectados<sup>126</sup>, gozan de un espacio autónomo<sup>127</sup>. En cuanto la vulneración del derecho de defensa no necesariamente implica perjudicar el derecho

---

<sup>123</sup> Según la terminología que emplea MORENO CATENA, «Algunos problemas del derecho de defensa», en *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica de Publicaciones, Madrid, 1989, p. 451, una vertiente activa, que hace referencia a la tutela de los derechos de los ciudadanos, sin que éstos puedan quedar desprotegidos cuando el actor reclama la intervención judicial para la salvaguarda de aquéllos; y una vertiente pasiva, entendida como repulsión o reacción frente a una agresión ya producida en el marco del proceso.

<sup>124</sup> MONTERO AROCA, «Estructura del proceso», en *Derecho Jurisdiccional, Parte General*, ob. cit., p. 328.

<sup>125</sup> MORENO CATENA, «El derecho de defensa», en *Derecho Procesal penal*, ob. cit., p. 145.

<sup>126</sup> Según GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, «Aspectos básicos del derecho de defensa», en *Revista de Derecho procesal iberoamericana*, ob. cit., p. 768, el derecho a la Jurisdicción surge como un «prius» necesario a regular para que se pueda hacer valer jurídicamente el derecho de defensa.

<sup>127</sup> Opina MONTERO AROCA, «Estructura del proceso» en *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, ob. cit., p. 328, que el derecho fundamental a no sufrir indefensión tiene que entenderse, pues, como un derecho autónomo; distinto del derecho a la tutela judicial efectiva (del art. 24.1 CE) y distinto de las garantías específicas (del art. 24.2 CE), sin que pueda concluirse que el derecho de defensa sea una especie de cláusula de cierre del sistema de garantías constitucionales. Por su parte, ESPARZA LEIBAR, *El principio del proceso debido*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 181, sostiene la inescindible relación existente entre los dos términos, tutela judicial efectiva y prohibición de la indefensión, que configuran un único derecho - derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión - cuya expresión constitucional se halla en el conjunto del art. 24 CE. En nuestra opinión, el concepto de tutela judicial efectiva, así entendido, prácticamente potenciaría vaciar de contenido tanto el derecho de defensa como el derecho al proceso debido. Como ejemplo, la STC 43/2010, de 26 de julio de 2010 (F. J. 2º): “el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) garantiza a todos los que puedan resultar afectados por la decisión que se dicte en un proceso judicial el derecho a conocer su existencia, a fin de que tengan la posibilidad de intervenir en él, ser oídos, y ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos.”

fundamental a la tutela judicial efectiva. Ni la afectación del derecho a la tutela judicial efectiva supone, en todo caso, menoscabo para el derecho de defensa<sup>128</sup>. Y es quizás cuando *a limine* se deniega el acceso a la Jurisdicción, afectándose el derecho de defensa jurídica, cuando la relación deviene más estrecha, pudiendo surgir cierta confusión<sup>129</sup>. En otras palabras, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que causa indefensión, supone la expulsión de la parte respecto del mecanismo jurisdiccional de resolución de conflictos.

En parecidos términos, conviene también distinguir el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso<sup>130</sup>. Ciertamente, el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva se ha concebido jurisprudencialmente desde una perspectiva amplia, que en ocasiones, puede llegar incluso a contraer el contenido propio del derecho al proceso debido<sup>131</sup>. Dicha amplitud del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, permite la existencia de puntos de encuentro entre ambos derechos, como bien pudiera ser el derecho de defensa<sup>132</sup>, sin que por ello, sea admisible que dichas conexiones propicien la confusión entre el contenido propio de ambos

---

<sup>128</sup> CHAMORRO BERNAL, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del art. 24.1 de la Constitución*, ob. cit., p. 131.

<sup>129</sup> Por ejemplo la STC 137/1996, de 16 septiembre, (F. J. 2º): “*la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el párrafo segundo del art. 24 de la Constitución, ha de ser algo real y efectivo, nunca potencial o abstracto.*” O bien, la más reciente, STC 54/2010, de 4 de octubre de 2010 (F. J. 3º): “*la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE consiste, como este Tribunal ha declarado en tantas ocasiones, en el derecho que tienen todas las personas al acceso a los órganos judiciales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, con arreglo a las normas de competencia y procedimiento legalmente establecidas y a obtener de los mismos una resolución fundada en Derecho, tras un proceso en el que se garantice adecuadamente el derecho de defensa de los afectados y se respete, entre otros, el principio de contradicción y la igualdad entre las partes.*”

<sup>130</sup> En contra, GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 2001, p. 58, para quien el apartado segundo de este artículo no reconoce derechos distintos al de la tutela jurisdiccional efectiva, sino que viene a especificar una serie de derechos que son concreciones o manifestaciones de aquel derecho fundamental.

<sup>131</sup> En tal sentido MORENO CATENA, «El derecho a la tutela judicial efectiva», en *Introducción al Derecho Procesal*, ob. cit. p. 201. Asimismo, DE DIEGO DIEZ, *El derecho de acceso a los recursos: doctrina constitucional*, Colex, Madrid, 1998.

<sup>132</sup> Como afirma la STC 46/1982, de 12 de julio (F. J. 2º): “*el art. 24 de la Constitución, en sus dos epígrafes, previene dos supuestos íntimamente relacionados entre sí, pero que merecen un tratamiento diferenciado.*” Aboga BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 1992, p. 233, por la natural conexión existente entre ambos apartados, marcados ambos por el principio de interdicción de la indefensión.

derechos. Así, la tutela judicial efectiva se sirve para su actuación del derecho de defensa que se configura entonces, como un derecho público subjetivo<sup>133</sup>, intraprocesal, garantía del sometido al proceso penal de hacer valer sus derechos y que actúa como factor de legitimidad tanto de la acusación como de la sanción penal<sup>134</sup>.

Vistos los anteriores preceptos constitucionales, la legislación procesal penal dispone la regulación del derecho de defensa, con carácter general, en el Libro I, Título V de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 118 y ss., amén de cuantas disposiciones contengan menciones relativas al ejercicio del referido derecho, las cuales vendrán siendo analizadas a lo largo de la presente obra.

---

<sup>133</sup> Como afirma GIMENO SENDRA, *Constitución y Proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 89, el carácter de derecho subjetivo público pocas dudas ha suscitado en la doctrina desde que ha pasado a impostarse en la parte dogmática de las Constituciones modernas.

<sup>134</sup> MORENO CATENA, «Algunos problemas del derecho de defensa», en *La reforma del proceso penal*, ob. cit., p. 453.

## 1. El nacimiento del derecho de defensa.

Es cuestión pacífica en la doctrina asumir que el derecho de defensa nace vinculado al momento de la imputación<sup>135</sup>. Los tiempos de la imputación vienen marcados, primeramente, por los arts. 118 y 767 ambos de la Ley Procesal Penal<sup>136</sup>. Así, tales preceptos refieren varios momentos en orden a entender efectivamente producida la imputación: desde la detención, o cualquier otra medida cautelar, desde que de las actuaciones resulte dicha imputación, etc.

La redacción originaria del art. 118 LEcrim se enmarcaba dentro del Título V, Del derecho de defensa y del beneficio de pobreza en los juicios criminales:

*“Los procesados deberán ser representados por Procurador y defendidos por Letrado, que pueden nombrar desde que se les notifique el auto de procesamiento. Si no los nombraren por si mismos o no tuvieren aptitud legal para verificarlo, se les designará de oficio cuando lo solicitaren. Si el proceso no hubiere designado Procurador o Letrado, se le requerirá para que lo verifique, o se le nombrará de oficio, si requerido no los nombrase, cuando la causa llegue a estado en que*

---

<sup>135</sup> Como sostuvo la STC 14/1999, de 22 febrero (F. J. 6º): “*el nacimiento del derecho constitucional de defensa contradictoria se produce necesariamente cuando más o menos fundadamente se imputa un acto punible, lo que puede ocurrir desde el momento inicial de la investigación o, en su caso, más adelante, en el momento en que ésta se dirige contra persona concreta. Si las leyes procesales han reconocido, y este Tribunal recordado, la necesidad de dar entrada en el proceso al imputado desde su fase preliminar de investigación, lo es sólo a los fines de garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra él, aun en la fase de investigación, situaciones materiales de indefensión.*”

<sup>136</sup> En un primer momento, la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánica del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal, art. 788.1 LEcrim, establecía que “*desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada y fuera necesaria la asistencia letrada, la Policía judicial, el Ministerio fiscal o la Autoridad judicial recabarán del Colegio de Abogados la designación de un Letrado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado.*” Posteriormente, la ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, concede una nueva redacción al Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde figura el actual art. 767 LEcrim, al disponer un cambio sustancial en cuanto al derecho de defensa, puesto que, “*desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada, la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado.*”



*necesite el consejo de aquellos o haya de intentar algún recurso que hiciere indispensable su intervención.”*

De esta forma, será a partir de la Ley 53/1978, de 4 diciembre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se reformuló el contenido del art. 118 LEcrim, siendo hasta la fecha la regulación vigente<sup>137</sup>. A tal efecto, dispone el precepto que:

*“Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho.*

*La admisión de denuncia o querella y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculpados.*

*Para ejercitar el derecho concedido en el párrafo primero, las personas interesadas deberán ser representadas por Procurador y defendidas por Letrado, designándoseles de oficio o cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para verificarlo.*

*Si no hubiesen designado Procurador o Letrado, se les requerirá para que lo verifiquen o se les nombre de oficio, si, requeridos, no los nombrasen, cuando la*

---

<sup>137</sup> Como señala la STS de 7 de diciembre de 1996 (F. J. 1º): “Dicho art. 118 supuso una importante modificación en el sistema procesal relativo al trámite de instrucción en el proceso penal. Hasta ese momento regía el principio inquisitivo lo que permitía al juez actuar sin que las personas investigadas como posibles responsables penales tuvieran conocimiento de lo que se tramitaba, hasta que, acordado su procesamiento, o las medidas de inculpación o encartamiento que la modificación de las normas del procedimiento de urgencia introdujeron en 1967, era preceptivo notificar tal resolución, permitiéndose desde ese momento que el juez pudiese autorizar que el sujeto pasivo del proceso penal tomara conocimiento de lo ya tramitado y actuara en el mismo asistido de abogado y procurador solicitando e interviniendo en la práctica de diligencias. El procesamiento o las resoluciones sustitutivas de éste permitían que la fase de instrucción sumarial o de diligencias previas que tenía carácter inquisitivo pudiera convertirse en una fase procesal contradictoria cuando el procesado o inculpado o encartado se personaba en los autos con la correspondiente asistencia letrada y el juez así lo autorizaba (art. 302 en su primitiva redacción), siendo sólo forzosa la designación de abogado y procurador cuando la causa llegaba a un estado en que era necesario su consejo o tenía que plantear algún recurso (art. 118 en su anterior redacción).”

*causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación.”*

El reconocimiento de derechos procesales que supuso dicha modificación resulta extraordinario. El art. 118 LEcrim establecía y establece un objetivo muy concreto: asegurar el derecho de defensa. Sin embargo, a pesar del gran avance que en su momento significó para con los derechos del sujeto pasivo del proceso penal, en la actualidad, presenta ciertos obstáculos que conviene resaltar<sup>138</sup>.

El precepto distingue dos bloques claramente diferenciables: el momento en que el derecho de defensa se articula, por un lado, y la designación de abogado y procurador al objeto de ejercitar el mismo, por otro lado<sup>139</sup>. Respecto del primer bloque, se ha de poner de manifiesto que, a pesar de la amplitud con que se regulan tales cuestiones, nada dice en cuanto a la articulación del derecho de defensa, ni mucho menos de sus derechos instrumentales. Sin embargo, fruto de la ausencia de una lógica sistematización de nuestra Ley Rituaria, de sobra conocida, la regulación específica en la materia se encuentra diseminada a lo largo del texto normativo.

Consecuencia de lo anterior, el uso de una terminología no sistematizada, que incluye diferentes instrumentos, modalidades de sujeción del sujeto pasivo a la investigación criminal en curso o al mismo proceso penal, etc., bajo un tratamiento conjunto que genera una obvia confusión conceptual del término imputación. A tal efecto, convendría secuenciar la imputación, en sus diversas manifestaciones, partiendo de las particularidades que presentan las diferentes etapas por las que atraviesa tanto el cauce acusatorio como el sujeto pasivo del proceso penal. En las próximas líneas intentaremos aportar algo de claridad al respecto.

---

<sup>138</sup> En cuanto al tratamiento del art. 118 bis LEcrim, puede acudirse a GÓMEZ COLOMER Y ESPARZA LEIBAR, *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales. Estudio particularizado teórico – práctico sobre los privilegios procesales de los altos cargos, autoridades y funcionarios públicos en el proceso penal español y en el derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

<sup>139</sup> En cuanto al derecho a la asistencia letrada y representación mediante procurador nos pronunciaremos en posteriores epígrafes.

## 2. El concepto de imputación.

Como punto de partida hemos de afirmar que la utilización que el concepto imputación permite, a tenor de la regulación contenida en la Ley Procesal Penal, potencia cierta confusión<sup>140</sup>. A tal efecto, el concepto de imputación permite distinguir una doble vertiente.

En primer lugar, la imputación presentaría una vertiente formal, que se correspondería, siguiendo a CORTÉS DOMÍNGUEZ, con aquella concepción de la imputación entendida como reconocimiento judicial de la acusación<sup>141</sup>.

En segundo lugar, una vertiente material<sup>142</sup>, que alude a aquellos actos de traslado de cargos que realiza el órgano judicial, los cuales no pueden ser calificados propiamente como imputación, sino como actos que conllevan la sujeción del sujeto investigado a la investigación penal en curso. Evidentemente, una vez efectuados los actos de imputación material se podrán articular los correspondientes derechos procesales del sujeto sometido a dicha investigación. Sin embargo, la imputación material, también referencia el acto de atribución de responsabilidad penal que realizan las partes acusadoras. Y en cuanto tal, imputación y acusación convendrían en ser términos sinónimos. La imputación consiste en atribuir a una persona determinada participación en unos concretos hechos que presentan los caracteres de delito o falta, nos ilustra MORENO CATENA<sup>143</sup>.

Dada la regulación procesal penal, la confusión parte de vincular el acto judicial de imputación formal con el traslado de los cargos que pesan sobre el sujeto investigado, en otras palabras, la imputación material que sostiene el art. 118 LEcrim. Y dicho sea de paso, confusión que a su vez se genera por la consideración de la formulación de cargos frente al sujeto investigado, a modo de imputación.

---

<sup>140</sup> Según el Diccionario de Lengua Española de la Real Academia Española, el acto de imputar consiste en “*atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable.*” Diccionario de Lengua Española de la Real Academia Española (ref. de 21 de abril de 2012), disponible en Web: [www.rae.es](http://www.rae.es).

<sup>141</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, «La acusación y la imputación», en *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 141.

<sup>142</sup> PLANCHADELL GARGALLO, *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 147 y ss.

<sup>143</sup> MORENO CATENA, «La imputación en el proceso penal», en *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, (con Cortés Domínguez y Gimeno Sendra), Colex, San Fernando de Henares, 2003, p. 163.

Detengámonos entonces en considerar determinados aspectos que la imputación presenta, desgranando para ello los aspectos conceptuales que la institución detenta, y diferenciando, allí donde sea preciso diferenciar, las posibilidades que tales conceptos permiten, en función de los órganos llamados a dar efectividad a dichos instrumentos.

### **3. La formulación y el traslado de cargos como institutos autónomos.**

La sobredimensión que se le ha concedido al concepto “*imputación*” propensa a confundir, imputación en cuanto formulación de cargos, traslado de cargos y reconocimiento judicial de la acusación. Trataremos de aportar algunas notas esclarecedoras al respecto.

Como hemos advertido, la imputación en cuanto formulación de cargos, también se corresponde con el párrafo segundo del art. 118 LEcrim, es decir, “*la admisión de denuncia o querella y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculpados.*” La formulación de cargos sobreviene a la apertura de la investigación, lo que habrá de añadirse aquellas actuaciones que se entienden a modo de imputación extrajudicial, o bien, que conllevan el principal efecto de repercutir el derecho de defensa, y que en cualquier caso habrán de situarse en la esfera de la formulación de cargos.

La afirmación de que se cree responsable de determinados hechos que se consideran delictivos a un sujeto determinable, la formulación de cargos, resulta ser un acto exclusivamente de parte. Por tanto, los llamados a realizar dicha formulación de cargos serán bien los órganos gubernativos correspondientes, Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y Ministerio Fiscal; así como quien pueda considerarse acusador particular, y en tanto se permita, popular. El órgano judicial, a tal efecto, dispondrá un juicio de verosimilitud al que posteriormente haremos referencia.

He aquí la primera confusión, del tenor de la Ley Procesal Penal, la formulación de cargos, aun cuando sea afirmada provisionalmente, puede considerarse, y de hecho así sucede, imputación. Tremendos ambages, pues a primera vista no resulta fácil

diferenciarla de aquella imputación judicial, que convenimos denominar imputación formal<sup>144</sup>.

Una vez formulados los cargos, el órgano judicial, receptor de dicha formulación, lo habrá de poner en conocimiento del sujeto contra quien se presentan los mismos: el traslado de cargos. El traslado de cargos, se identifica entonces con el derecho a conocer la acusación. Como referenciamos más arriba, *“la admisión de denuncia o querrela (...) será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculpados.”*

La segunda confusión resulta de vincular este traslado inicial y provisional de cargos con la creencia extendida del merecimiento jurisdiccional de los mismos. En modo alguno. Ciertamente que el órgano judicial habrá de otorgar determinadas valoraciones a la información, escasa o extensa, de que pueda disponer, decidiendo sobre la procedencia de abrir la correspondiente investigación y la práctica de las diligencias de investigación, entre ellas, aquéllas solicitadas por las partes que sostienen la acusación. Sin embargo, el órgano judicial no debería conceder valoración alguna más allá de la opinión que le merezca la mera formulación de cargos efectuada, y ello porque, entre otros aspectos, el sujeto investigado debería desconocer los mismos. Y aun habiéndose dado traslado de los cargos, las valoraciones que pudiera apreciar el órgano judicial vendrían referidas a las alegaciones de una sola de las partes procesales. Quien representa la posición de sujeto pasivo de la investigación en curso no ha tenido todavía posibilidad cierta y real de articular estrategia defensiva exculpatoria alguna. En otras palabras, cuando el órgano judicial ejerce como transmisor de dicha información contenida en la formulación de cargos, cuando insta la transmisión de los mismos, actúa principalmente en garantía de los derechos procesales del sujeto contra quien se dirigen

---

<sup>144</sup> Como muestra de la confusión que se genera con la utilización del vocablo imputación desde la citada doble perspectiva, la STC 135/1989, de 19 de julio (F. J. 3º): *“El Instructor deberá evitar que alguien a su entender sospechoso declare en situación desventajosa; por el contrario, deberá considerarlo imputado con advertencia expresa de la imputación para permitir su autodefensa y deberá proveer a la asistencia técnica de letrado, tan pronto como se otorgue credibilidad a la imputación de un hecho punible a persona cierta, evitando así, con una recta interpretación del art. 24.2 de la Constitución (“todos tienen derecho... a la defensa y a la asistencia de letrado”) integrado en el art. 118 L.E.Crim., situaciones lesivas del derecho fundamental citado y, de modo especial, autoincriminaciones del declarante que verosíblemente no se habrían producido si este hubiera estado oportunamente advertido de una imputación de la que, una vez conocida, podría autodefenderse de modo expreso o guardando silencio, o beneficiándose del consejo técnico de su abogado.”*

tales cargos. Por tanto, el traslado de cargos tampoco tiene un carácter eminentemente jurisdiccional.

En nuestra opinión el juego de los arts. 486 y 775 ambos de la Ley Procesal Penal, lejos de aportar claridad a tales circunstancias, potencia dicha confusión, puesto que lo que tales preceptos prevén se corresponde con situaciones de traslado cargos esencialmente. El órgano judicial comunica al investigado los cargos que contra el mismo pesan, y ahora que los tiene en su conocimiento, podrá comenzar a diseñar su estrategia defensiva. Vaya por delante que la finalidad esencialmente investigadora de dicha primera comparecencia es innegable. La posibilidad que en dicho acto, espontáneamente, el sujeto investigado aporte suficientes garantías exculpatorias, aunque posible, se nos antoja francamente remota. Igualmente, pretender que en el mismo acto en que se comunican los cargos, el sujeto investigado, asistido de letrado, pueda articular una estrategia defensiva con unas mínimas garantías de éxito resulta a todas luces complicado.

Por tanto, si atendemos a la anterior definición de imputación formal, debemos descartar que con el traslado de cargos se produzcan los efectos previstos en dicho instrumento. Y es que si el juez reconoce la acusación, en este estadio procesal, mal puede defenderse el sujeto investigado. Actuaciones que se sucederán ante el mismo órgano judicial que realiza tal reconocimiento; y ello incluso con anterioridad a la realización de alegación alguna por parte del sujeto investigado.

Por último, la imputación que denominamos formal, es la que realiza el órgano judicial mediante los instrumentos que el ordenamiento jurídico pone a su disposición. Y a tal efecto, se corresponde con el auto de procesamiento en el procedimiento ordinario, o

bien, con el auto de transformación en procedimiento abreviado<sup>145</sup>. Asimismo, la resolución judicial en la que se decide sobre la conveniencia de someter al sujeto investigado a prisión provisional supone, asimismo, una imputación formal. Y así se entendió hasta la citada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, operada por la Ley 53/1978, de 4 diciembre, cuando bajo el prisma de entender vinculado el nacimiento del derecho de defensa con la imputación material en cuanto formulación de cargos a que hacíamos referencia, se formulan ideas más garantistas para con los derechos procesales del sujeto investigado.

#### **4. La imputación y el derecho de defensa.**

Primeramente, cabría realizar una importante matización: el derecho de defensa se articula, necesariamente, con el traslado de cargos, y nace desde el momento en que se formulan los mismos. Ello con independencia de quien lleve a cabo dicha formulación de cargos<sup>146</sup>.

Los efectos que de la imputación dimanen, tanto formal como material, conviene analizarlos con detenimiento, dada la delgada línea de tensión existente para con los

---

<sup>145</sup> STC 70/1990, de 5 de abril, (F. J. 3º): “El auto de procesamiento (...) coloca al afectado en una situación procesal específica como objeto de una imputación formalizada. Esta resolución formal de imputación, aunque en algún supuesto puede resultar, por consideraciones ajenas al proceso, dañosa y perjudicial para el crédito y prestigio social del procesado, representa una garantía para el formalmente así inculcado (...) ya que permite un conocimiento previo de la imputación en fase de instrucción sumarial, posibilita la primera declaración indagatoria (art. 385 LECRIM) y hace surgir la obligación judicial de proveer de abogado de oficio si el procesado estuviera desistido de dirección letrada (art. 118.4.º LECRIM), además de conferir al procesado la plenitud de la condición de parte con las consecuencias a ello inherentes. El procesamiento pues, constituye sólo una resolución judicial de imputación formal y provisional que ha de ser objeto del correspondiente debate contradictorio y de la ulterior decisión, no implicando la culpabilidad del procesado, ni siquiera la vinculación de los órganos judiciales, habida cuenta de que tanto el propio instructor como la Audiencia Provincial pueden dejar sin efecto el procesamiento si desaparecen los indicios que determinaron su adopción.”

<sup>146</sup> STC 135/1989, de 19 de julio (F. J. 3º): “Es innegable que la condición de imputado nace de la admisión de una denuncia o una querrela (no, por cierto, de la simple interposición de una u otra), pero si eso es claro no lo es tanto su vinculación con “cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas” (art. 118, párrafo segundo LEcrim.). Si, como acabamos de ver, no basta la interposición de denuncia o querrela contra persona determinada para convertirlo en imputado con el alcance del art. 118, menos debe bastar con el mismo efecto la atribución de un hecho punible a persona cierta y determinada en cualquier diligencia, o, en concreto, por cualquier testigo. La fórmula del art. 118.2 LEcrim no puede ser entendida literalmente, sino que debe ser completada por la imprescindible valoración circunstanciada del juez instructor.”

derechos del sujeto investigado. Lógico resulta de nuevo advertir la vinculación existente entre el derecho de defensa y la imputación, así como conceptualizar la formulación y traslado de cargos como institutos autónomos, si bien, con directa vinculación tanto con la imputación formal como con el derecho de defensa. Precisamente, entre los espacios temporales de máxima tensión para con el derecho de defensa en relación con la materia que nos ocupa, encontramos el lapso temporal entre la formulación y el traslado de los cargos, cuya existencia resulta necesaria para proceder a la comprobación de los hechos, pero sobre todo para garantizar, de manera adecuada y proporcionada, la eficacia de las tareas investigadoras. No obstante, una prolongación excesiva o injustificada podría significar la conculcación del derecho de defensa del sujeto contra quien se formulan los cargos. De otro lado, el periodo que va desde el traslado de cargos hasta la efectiva comparecencia a presencia judicial, debiendo regularse un plazo lo suficientemente amplio para preparar la estrategia defensiva, como seguidamente reiteraremos.

Como advertimos, en la etapa procesal en que nos encontramos, fase investigadora, el traslado de cargos se corresponde con uno de los principios que consideramos presupuesto necesario del derecho de defensa: el derecho a ser informado de la acusación<sup>147</sup>. Sin embargo, la imputación formal presenta una función más compleja. Complejidad que se manifiesta al considerar la imputación formal como un trámite estructural del proceso. Pues la mera acusación, sin dicho reconocimiento judicial que la imputación representa, no permite vincular la persona del investigado con el proceso penal de que se trate. La imputación formal delimita el objeto del proceso penal<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> STC 45/1985, de 19 de abril (F. J. 3º): “Dicho art. 118 de la L.E.Cr., reconoció la nueva categoría del «imputado» a toda persona a quien se le atribuya, más o menos fundamentadamente, un acto punible, permitiéndole ejercitar el derecho de defensa en su más amplio contenido, actuando en el procedimiento penal cualquiera que este sea, desde que se le comunique inmediatamente la admisión de denuncia o querrela o cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito, o haya sido objeto de detención, o de cualquier otra medida cautelar, o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho.”

<sup>148</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, «La acusación y la imputación», en *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 143. Respecto de la pretensión procesal como objeto del proceso, GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, Civitas, Madrid, 1985. En el proceso penal puede acudir a FENECH, *Derecho Procesal Penal*, Bosch, Barcelona, 1945, Vol. I. Para una visión de conjunto MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso*, Tecnos, Madrid, 1979, pp. 67 y ss.



## 5. La vertiente formal de la imputación: actuaciones en sede jurisdiccional.

Al tomar en consideración lo establecido en la legislación procesal penal, podremos afirmar que corresponde al órgano judicial encargado de instruir un determinado asunto la obligación primaria de comunicar la imputación al sujeto investigado<sup>149</sup>.

Una vez que dicho órgano judicial toma conocimiento de la *notitia criminis*, a través de los medios admitidos en Derecho, realizará una valoración inicial de las circunstancias que rodean la información suministrada. Principalmente habrá de considerar la existencia de unos determinados hechos, si los mismos revisten una mínima apariencia delictiva, acometiendo, a su vez, una primera determinación subjetiva que permita cohonestar la figura del sujeto denunciado o querellado con los hechos investigados. Todo ello, mediando alguna de las formas de participación que el ordenamiento jurídico penal contempla.

El órgano judicial realiza entonces un juicio de probabilidad, de tal forma que, si decide investigar, habrá tomado en consideración tanto la existencia de unos determinados hechos, que revisten apariencia delictiva, como la posible participación del referido sujeto en los hechos investigados; los resultados que vayan arrojando las actuaciones informarán positiva o negativamente la continuación de dicha investigación. Si por el contrario, decide no investigar, habrá acogido la posición opuesta, inadmitiendo la querella (art. 312 y ss. LEcrim) o bien, absteniéndose de iniciar todo procedimiento (art. 269 LEcrim). Cabría una opción intermedia, una vez admitida denuncia o querella y

---

<sup>149</sup> Asimismo, se admite que en determinados casos en que un órgano judicial actúa a prevención, pueda proceder a realizar la oportuna imputación. Sin perjuicio de que, posteriormente, el órgano que según las reglas que determinan la competencia jurisdiccional haya de conocer de la causa, confirme dicha imputación previa.

valorados los aspectos que procedan, el órgano judicial declara el sobreseimiento de la causa<sup>150</sup>.

Se trataría entonces de una imputación aun embrionaria. Por ejemplo, con la admisión a trámite de denuncia o querella indudablemente se sujeta la persona determinada en el oportuno documento al devenir de la comprobación judicial que se lleve a cabo. Al respecto, no debemos olvidar que tanto el contenido del referido documento como las actuaciones judiciales de comprobación, y sus resultados, habrán de ser puestos en conocimiento de dicho sujeto, si bien, en la medida en que sea compatible con el eventual carácter secreto de las mismas.

Por tanto, admitido alguno de los anteriores instrumentos por el órgano judicial mediante resolución motivada (arts. 312 y 313 ambos LEcrim), se incoará el oportuno procedimiento investigador, procediéndose a la formación del sumario (art. 308 LEcrim) o a la apertura de diligencias previas (art. 774 y ss. LEcrim), citando para ser oído, a quien previamente se sabe imputado, pues los términos en que se expresa el art. 486 LEcrim así lo referencian: *“la persona a quien se impute un acto punible deberá ser citada sólo para ser oída, a no ser que la ley disponga lo contrario, o que desde luego proceda su detención.”* El art. 488 LEcrim, se pronuncia de forma similar, *“durante la instrucción de la causa, el juez instructor podrá mandar comparecer a cuantas personas convenga oír por resultar contra ellas algunas indicaciones fundadas de culpabilidad.”*

Y así se debe contemplar en la citación correspondiente, sin perjuicio de que posteriormente proceda ampliar los términos que sostienen dicha imputación o bien descartar toda opción de responsabilidad penal. El sujeto citado deberá conocer los términos que sostienen la imputación con carácter previo a la citación, al objeto de

---

<sup>150</sup> Como puede apreciarse, se manifiesta la figura del juez inquisidor, aquél que recibida la *notitia criminis*, decidirá sobre la investigación, concediendo determinados juicios y valores a la información que vaya obteniendo a partir de dichas actuaciones investigadoras. Como desarrolla PLANCHADELL GARGALLO, *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, ob. cit. p. 140. presentada la querella, el órgano judicial debe decidir si la admite a trámite o no. Cumpliendo ésta los requisitos formales señalados en el art. 277 LEcrim, el órgano judicial realizará una primera valoración de los hechos para decidir, mediante auto motivado, si es conveniente o no continuar con las actuaciones. Si admite a trámite la querella, queda el querellante constituido en parte acusadora, y se procede a la práctica de las diligencias propuestas y convenientes para la averiguación de los hechos y a la adopción de las medidas procedentes para asegurar la persona o bienes del querellado.

poder desarrollar una adecuada defensa<sup>151</sup>. Y por supuesto, conocer el contenido de dicha imputación, con una antelación suficiente, al objeto de preparar las correspondientes estrategias defensivas.

A tal efecto, se regula la primera comparecencia ante dicho órgano judicial, prevista en el art. 775 LEcrim, donde el juez informará al imputado, en la forma más comprensible, de los hechos que se le imputan, es decir, se procede, por el órgano judicial, a informar al imputado de los cargos que sobre el mismo pesan. Conforme la investigación avanza, el órgano judicial dispondrá de elementos más desarrollados para formar su convicción acerca de la procedencia de mantener la imputación. En otras palabras, el órgano judicial traslada los argumentos de la acusación, tanto pública como de otra índole, refrendándolos con el impulso que otorga el hábito jurisdiccional, a la parte que soporta la investigación, a través de la imputación.

## **6. Los sujetos que intervienen en la imputación judicial.**

Los elementos subjetivos intervinientes en la imputación se corresponden, por un lado, con el sujeto a quien se imputa, el cual enarbola la bandera de su derecho a conocer la acusación y de defensa. De otro lado, quien sostiene la acusación, con derecho a que se agoten los medios de investigación, una vez apreciada la apariencia delictiva de los hechos investigados, en los términos anteriormente expuestos. Asimismo, tendrá derecho a que dicho órgano proceda a imputar, si se cumplen los requisitos legales y constitucionales para ello. Y el propio órgano judicial que instruye la causa.

Ahora bien, la posición que ocupa el órgano instructor no es tarea fácil. Por cuanto, en la actualidad, resulta ser el llamado a dirigir la investigación, único legitimado constitucionalmente para restringir derechos fundamentales, a salvo las oportunas excepciones, y todo ello, cuidando tanto del derecho de defensa de la parte sometida a dicha investigación, como de su derecho a la presunción de inocencia. Claro está, desde la posición de tercero imparcial que le otorga el ordenamiento jurídico.

---

<sup>151</sup> Sostiene PLANCHADELL GARGALLO, *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, ob. cit., p. 141, que cuando el sujeto recibe la noticia de la admisión de una denuncia o querella (...) está siendo informado, directa o indirectamente, de que se sigue un proceso contra él, y especialmente de cuáles son los hechos de los que se le considera responsable, así como los derechos que le asisten.

Creemos que en este razonamiento, es posible colegir la dificultad implícita en tal desdoblamiento de funciones. No es este tiempo ni lugar para desarrollar con profundidad las cuestiones referidas a un eventual cambio de paradigma. Si bien, con los argumentos que hemos manejado, la situación de tercero imparcial situado *supra partes* dista mucho de la realidad del quehacer judicial diario en un Juzgado de Instrucción. Y ello, a pesar de los loables esfuerzos que puedan realizar los titulares de los respectivos órganos judiciales para conjugar tales caracteres con su función investigadora.

En nuestra opinión, resultaría más acertado que el Ministerio Fiscal asumiera en un futuro dichas funciones, reservándose al órgano judicial, una vez finalizada la investigación, la decisión sobre la procedencia de la apertura del juicio oral, entre otras cuestiones, como por ejemplo la decisión sobre la posibilidad de afectar derechos fundamentales del sujeto sometido a investigación. Desde esta perspectiva, el Ministerio Fiscal gozaría de una potestad decisoria en cuanto a la admisión de una determinada denuncia o querella, situándose, desde el momento de la admisión, al frente de la actividad investigadora. El Ministerio Público vendría a realizar tanto la formulación de cargos como la inicial puesta en conocimiento del sujeto investigado de los referidos cargos penales. Cuestiones que, con la actual legislación, puede llegar a realizar el propio órgano judicial que instruye la causa (art. 25 LOTJ).

Sea como fuere, contra la decisión fiscal de admisión de los anteriores instrumentos, se habría de establecer el oportuno sistema de recursos ante el órgano judicial competente. Que ahora sí, situado *supra partes*, enfrenta dos tesis contrapuestas y al respecto juzgue y haga ejecutar lo juzgado, que es su exclusiva misión constitucional.

## **7. El contenido que informa el traslado de cargos y la imputación formal.**

El contenido de la imputación, con independencia de su consideración formal o material, se delimita en cuanto a hechos, derechos y determinación subjetiva.

### **a. El contenido del traslado de cargos.**

El contenido del traslado de cargos no varía sustancialmente del contenido que pueda informar la imputación formal si bien presenta determinados matices que resulta preciso distinguir.

En primer lugar, lógicamente, se habrá de comunicar el hecho mismo de la investigación que se viene llevando a cabo y que la misma se realiza sobre su persona. En segundo lugar, se habrá de comunicar los derechos procesales que asisten al sujeto que soporta dicha investigación con expresa información sobre los hechos que fundamentan la acusación que contra el mismo se formula, así como la calificación jurídica que, a juicio de quien sostenga los cargos, merecen dichos hechos.

En tercer lugar, se habrá de poner en su conocimiento, en la medida en que el secreto de las actuaciones investigadoras lo permita, todo lo referente a las diligencias de prueba que sobrevienen en la investigación. Tanto las pedidas por las partes acusadoras como las realizadas de oficio por el instructor de la causa; los resultados obtenidos con su realización, y aun aquellas diligencias de prueba cuya práctica fue denegada, con expresa mención de las razones de su denegación. Sabido es, la obligación de comunicar con inmediatez los extremos que, debido a la posibilidad cierta de frustrar el éxito de la investigación, no fueron trasladados a conocimiento del sujeto investigado en momento procesal oportuno.

Por último, determinar subjetivamente tanto a quien sostiene los cargos, sean del tipo que sean, como a quien se reputa víctima de los hechos que se vienen investigando, si es que no coinciden. Determinación específica que alcanza tanto del órgano instructor de la causa como del órgano decisor de las vicisitudes que pudieran afectar a la misma, una vez más, si es que no coinciden. Asimismo, la persona del sujeto o sujetos investigados, habrá de quedar evidentemente determinada en el traslado de cargos<sup>152</sup>.

En cuanto a la forma en que la puesta en conocimiento de los cargos que se formulan sobre el sujeto investigado se produce, en efecto, aun permitiéndose en un primer momento la forma oral, tales actuaciones se habrían de documentar en la correspondiente acta, de la que posteriormente, se dará traslado físico al sujeto investigado. El citado art. 775 LEcrim, donde las actuaciones se formularán verbalmente, si bien, se plasmará en el correspondiente documento, estampado con la

---

<sup>152</sup> Excepcionalmente, cabe la posibilidad de no proceder a determinar subjetivamente la causa *ab initio*, por ejemplo dada la dificultad que pueda conllevar una determinada investigación. Lo que ha de conectarse con la formulación de cargos puesto que sin determinación de sujeto alguno tampoco cabría trasladar cargos. Sea como fuere, desde el momento en que dicha actividad investigadora se dirija frente a persona determinada, se habrá de poner en su conocimiento la existencia de dicha investigación, junto a los anteriores extremos, con la necesaria inmediatez.

firma de los asistentes a su práctica, y entre ellas la del letrado que asiste al sujeto compareciente.

b. El contenido de la imputación formal.

Respecto del relato fáctico, la imputación formal trae causa en unos hechos de los que derivan determinados indicios racionales de criminalidad. De esta forma, se habrá de poner en conocimiento del sujeto investigado, tanto los hechos que se vienen investigando, como el razonamiento que lleva al órgano judicial a concluir que de los mismos podrían derivarse determinados indicios de criminalidad<sup>153</sup>. Si bien es cierto que la determinación fáctica ya se produjo con el traslado de cargos, con la actual puesta en conocimiento se fija, formalmente, el objeto de la investigación criminal y, previsiblemente, del propio proceso penal.

Todo lo anterior se pondrá en relación con las razones jurídicas que impulsan la decisión judicial de imputar al sujeto investigado, es decir, se habrá de expresar la adecuada conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión<sup>154</sup>, y muy especialmente, la calificación jurídica de los hechos. Una motivación que habrá de reunir, junto a las características expuestas con ocasión del desarrollo de epígrafes anteriores, las necesarias notas de racionalidad y suficiencia.

Por último, la decisión judicial imputativa deberá determinar, indubitadamente, la persona o grupo de personas que soportan la imputación. Entendemos que una imputación innominada no tendría cabía en la institución que manejamos en este momento, por cuanto si llegados a este estadio procesal no resulta posible determinar subjetivamente la persona a quien se atribuyen los hechos investigados, procederá acordar el sobreseimiento y archivo de la causa. Al igual que en el anterior apartado, la determinación subjetiva alcanza también tanto a quien sostiene la acusación, sea del tipo que sea, como a quien se reputa víctima de los hechos que se vienen investigando,

---

<sup>153</sup> La citada STC 70/1990, de 5 de abril, (F. J. 3º) estimó la necesidad de que el auto de procesamiento “incorpore explícita motivación y, teniendo en cuenta la propia literalidad del art. 384 LEcrim., se aprecie: a) la presencia de unos hechos o datos básicos; b) que sirvan racionalmente de indicios de una determinada conducta, y c) resulte calificada como criminal o delictiva.”

<sup>154</sup> COLOMER HERNANDEZ, *La motivación de las Sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, ob. cit., (ref. de 13 de febrero de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

reiteramos, si es que no coinciden. Y más aún, determinación específica del órgano judicial encargado de realizar dicha imputación.

La información sobre los derechos ejercitables tiene ya menos sentido en la imputación formal, por cuanto dicha información se produjo en el traslado de cargos y, asimismo, media la efectiva asistencia letrada. Sin embargo, conviene informar sobre los recursos que procedan frente a la decisión imputativa, así como el plazo dispuesto legalmente para interponerlo.

En cuanto a la forma, la imputación judicial necesariamente requiere documentarse por escrito, en aras de salvaguardar los derechos del sujeto investigado. Asimismo, cabrían otras opciones que permitiesen su posterior reproducción, si bien, entendemos la documental como la mejor, más económica y eficaz de las formas que a día de hoy se disponen.

Visto el contenido que informa la imputación, una vez documentada habrá de revestir la forma de auto, en cuanto se trata de una resolución judicial que necesita de la oportuna fundamentación<sup>155</sup>. Excepcionalmente, cabría acoger forma verbal fomentando la inmediatez de su práctica, al objeto de que el sujeto investigado tome conocimiento de las actuaciones y pueda articular adecuadamente su derecho de defensa con inmediatez.

## **8. A modo de imputación extrajudicial.**

Hasta el momento se ha tenido en cuenta aquellas situaciones que tienen lugar en sede judicial. Como hemos advertido, dada la legislación actual, el órgano judicial es el único con potestad para llevar a cabo la imputación formal a que hacíamos referencia en epígrafes anteriores. Para lo cual se sirve bien del auto de procesamiento, o bien el auto de apertura del juicio oral, entre otros instrumentos. Asimismo, el órgano judicial imputa formalmente cuando ordena practicar determinadas medidas cautelares sobre la persona del sujeto investigado, véase al ordenar la prisión provisional.

---

<sup>155</sup> STC 186/1990, de 15 de noviembre (F. J. 10º): “La acusación no puede, exclusivamente desde un punto de vista subjetivo, dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición judicial de imputada, puesto que, de otro modo, se podrían producir, en la práctica, acusaciones sorpresivas de ciudadanos con la consiguiente apertura contra ellos del juicio oral, aun cuando no hubieren gozado de la más mínima posibilidad de ejercitar su derecho de defensa a lo largo de la fase instructora.”

Asimismo, hemos puesto de manifiesto las formas en que la imputación material puede llevarse a efecto: bien con la admisión a trámite de la querrela, investigando la previa denuncia, la adopción de determinadas medidas cautelares, como por ejemplo la detención<sup>156</sup>. Sobre la detención preventiva imputativa nos ilustra DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, por cuanto, en opinión del autor, resulta ser una verdadera medida cautelar que se basa en la imputación de una infracción criminal y se puede imponer únicamente al sujeto reputado responsable de la misma<sup>157</sup>. De esta forma, la detención ordenada o practicada por un órgano gubernativo podría considerarse a modo imputación, en su vertiente material, es decir, según los parámetros comentados anteriormente, nos encontraríamos ante la formulación de cargos a que hacíamos referencia<sup>158</sup>. Sin embargo, teniendo en cuenta el estadio en que se encuentra el detenido por orden de la autoridad gubernativa, no preocupa tanto la nomenclatura como los efectos. La detención gubernativa está informada por una serie de aspectos que se desarrollan en los arts. 489 y ss. de la Ley Rituaria, y entre ellos, el art. 492 LEcrim

---

<sup>156</sup> La medida que nos permite situarnos en una imputación formal o material respecto de las medidas cautelares privativas de libertad, entendemos nos la brinda el propio derecho de defensa mediante la posibilidad cierta de ejercer oportuna contradicción. Quiere esto decir que mientras en la detención gubernativa las posibilidades exculpatorias tienden a producirse *a posteriori*, por el contrario, la decisión judicial de acordar la prisión provisional del sujeto pasivo de la instrucción, ha de venir precedida de las particularidades que encierra el art. 505 LEcrim, entre las cuales merece la pena destacar el necesario debate contradictorio que en dicha “*vistilla*” se llevará a efecto.

<sup>157</sup> DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, «La detención imputativa», en *El proceso penal*, ob. cit., (ref. de 16 de febrero de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

<sup>158</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, «La acusación y la imputación», en *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 143, afirma que no son verdaderamente imputaciones las acusaciones que puedan provenir de la policía o del Ministerio Fiscal, por mucho que se parezcan a la investigación judicial; solo cuando el órgano judicial las asume se produce la verdadera imputación con los efectos que se derivan de la LEcrim. Y a tal respecto cita la STS de 19 de febrero de 2001.



determina las situaciones en que la autoridad gubernativa tiene obligación de detener, las cuales se basan en algún título de imputación previa<sup>159</sup>.

Las semejanzas son notables: la posible existencia de previa denuncia, la investigación que se lleva a efecto y que puede desembocar en la afectación del derecho a la libertad deambulatoria del sujeto investigado, es decir, la sujeción de dicho sujeto al curso de la investigación que se viene realizando, aun por corto espacio de tiempo. Y la obligación que incumbe a la autoridad actuante de dar a conocer las razones de su detención (art. 17.3 CE). Lo cual nos conduce, inexorablemente, a considerar su consecuencia inmediata: la articulación del derecho de defensa<sup>160</sup>.

Y los citados arts. 118 y 767 ambos de la LEcrim permiten acoger tales opiniones. El primero en cuanto ejercicio del derecho de defensa de toda persona a quien se impute un acto punible, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar. Mientras en el segundo precepto se reputa necesaria la asistencia letrada, desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada, ordenando que los órganos, tanto judiciales como gubernativos,

---

<sup>159</sup> GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2009, p. 327, afirma que la procedencia de la detención policial queda legalmente condicionada a que el detenido se encuentre en alguno de los supuestos del art. 490 o 492 ambos de la LEcrim. El examen de todos y cada uno de tales supuestos revela un mismo común denominador: la detención policial exige, como presupuesto material previo, la existencia de un título de imputación (condena, rebeldía, procesamiento o evidente participación en un hecho punible) contra una persona determinada. Citado también por DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, «La detención imputativa», en *El proceso penal*, ob. cit., (ref. de 16 de febrero de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), quien afirma que basta para llevar a cabo la detención con la apariencia razonable de que el hecho investigado haya podido ser cometido por la persona sobre la que ha de recaer, es decir, que haya motivos bastantes para inculparlo.

<sup>160</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, «La acusación y la imputación», en *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 143, si bien lo anterior (vid. Nota 137), sostiene que esas investigaciones, sobre todo la que puede llevar a cabo el Ministerio Fiscal, a la postre, pueden tener unos efectos parecidos a la imputación judicial, por lo que las garantías derivadas del derecho de defensa del acusado (aunque no imputado) deberán ser las mismas que las de éste.

que hayan podido ordenar o practicar la detención den efectividad al derecho a la asistencia letrada<sup>161</sup>.

## **VI. PRESUPUESTOS QUE INFORMAN EL DERECHO DE DEFENSA.**

Entre los presupuestos del derecho de defensa encontramos tanto el principio de contradicción como el derecho a ser informado de la acusación.<sup>162</sup>

### **1. El principio de contradicción.**

El principio de contradicción se ha expresado con los clásicos brocardos *audiatur et altera pars* y *nemo inauditus damnari potest*, entendido como la exigencia de que nadie pueda ser condenado, sin ser previo oído y vencido en juicio. Se trataría pues de lo que la doctrina ha venido a calificar como un principio estructural del proceso, como lo son el principio de igualdad o la referida dualidad, consustancial a la idea misma de proceso<sup>163</sup>, de tal forma que, en ausencia de éstos, difícilmente podríamos situarnos ante un proceso jurisdiccional<sup>164</sup>. En cuanto a su contenido, el principio de contradicción se delimita mediante el acceso a la Jurisdicción, la adquisición del status de parte procesal y el ejercicio del derecho de defensa en toda su amplitud; cerrando esta configuración el derecho a la última palabra (art 739 LECrim)<sup>165</sup>.

---

<sup>161</sup> MORENO CATENA, «La posición del imputado durante el proceso», en *El proceso penal*, ob. cit., (ref. de 16 de febrero de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), entiende que el art. 118 LECRIM se refiere a imputado, otorgando a éste un conjunto de derechos desde el momento en que se le comunique el procedimiento o haya sufrido la medida de detención, o cualquier otra medida cautelar, lo que supone que en el momento de la medida restrictiva gubernativa ya podemos hablar de imputado o inculpado.

<sup>162</sup> MORENO CATENA, «El derecho de defensa», en *Derecho Procesal penal*, ob. cit., p. 145.

<sup>163</sup> GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal*, ob. cit., pp. 181 y ss., así como en GIMENO SENDRA, «Los principios del proceso penal (I)», en *Derecho Procesal. Proceso Penal*, (con Moreno Catena y Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, Vol. II, pp. 55 y ss., MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso*, ob. cit., pp. 238 y ss.

<sup>164</sup> En tal sentido, GUTIÉRREZ ALVIZ CONRADI, «El derecho a la defensa y a la asistencia de abogado», en *Derechos Procesales Fundamentales*, ob. cit., p. 281. Del mismo autor, GUTIÉRREZ ALVIZ CONRADI, *El derecho de defensa y la profesión de abogado*, Atelier, Madrid, 2012. Asimismo, MARTÍ MINGARRO, *Crisis del Derecho de Defensa*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

<sup>165</sup> GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p.108.

Naturalmente, cabe entender que la satisfacción del derecho de defensa puede medirse conforme las diferentes aristas de que dispone el principio de contradicción a lo largo del proceso penal. En otras palabras, el derecho de defensa se modula conforme al referido principio. De esta forma, el principio de contradicción se contempla en el art. 24 CE, al proscribir la indefensión<sup>166</sup>, para lo cual se habrá de respetar el principio de defensa contradictoria de las partes contendientes mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses; y de otro lado, garantizar un proceso con todas las garantías (STC 72/1996, de 24 de abril (F. J. 2º)). A tal efecto, el Tribunal Constitucional ha venido entendiendo que corresponde a los órganos judiciales la función de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad y contradicción, lo que les impone el deber positivo de evitar desequilibrios o limitaciones en la defensa que puedan causar indefensión (STC 47/1987, de 22 de abril (F. J. 2º)). Y más aún, junto al deber mencionado, evitando desequilibrios entre o para las partes, el principio de contradicción informa la actuación del propio Legislador al contener el art. 24.1 CE un mandato implícito consistente en promover la defensa, “*en la medida de lo posible*”, mediante la correspondiente contradicción (STC 9/1981, de 31 de marzo, (F. J. 6º)).

Delimitado entonces el principio de contradicción, resta incardinarlo en las diferentes etapas por las que atraviesa la investigación y enjuiciamiento de los delitos.

La idea de proceso aproximábamos en páginas precedentes, viene referida a la existencia de un conflicto *inter partes* cuya resolución se ha convenido socialmente canalizar a través de medios institucionalizados. Dada la dualidad subjetiva que en el proceso penal se manifiesta, dos posiciones jurídicamente enfrentadas decíamos<sup>167</sup>, por un lado quien sostiene la acusación, y por otro lado, quien resiste frente a dicha

---

<sup>166</sup> Como cita la STC 2/2002, de 14 de enero (F. J. 2º), “*por indefensión constitucionalmente relevante sólo puede entenderse la situación en la que, normalmente con infracción de una norma procesal, el órgano judicial en el curso del proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, privando o limitando, bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción, siempre que la actuación judicial produzca un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.*” Por su parte, GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal*, ob. cit. p. 182, se inclina por afirmar que el principio de contradicción se encuentra implícitamente recogido en el art. 24.2 CE (derecho a defensa y a un proceso con todas las garantías).

<sup>167</sup> MONTERO AROCA, «Estructura del proceso», en *Derecho Jurisdiccional, Parte General*, ob. cit., p. 322.

acusación, se acude al mencionado principio en aras de obtener una sentencia constitucionalmente acorde. Confluir, mediante el adecuado debate dialéctico, en cuanto a hechos y en cuanto a Derecho, en la conformación de la decisión judicial. Sentencia pronunciada tras un proceso en el que tanto acusado como acusador hayan gozado de mecanismos de ataque y defensa en condiciones de igualdad. Sin embargo, la contradicción, evidentemente, no se desarrolla de igual forma, en todas y cada una de las etapas del proceso penal, dada la posibilidad de contemporizar sus efectos en fase de instrucción<sup>168</sup>.

En consecuencia, informa el art. 299 LEcrim que constituyen el sumario aquellas actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos. La instrucción penal sirve, esencialmente, a la obtención de fuentes de prueba, que coadyuven, en un principio, al posible esclarecimiento de los hechos, y en todo caso, permita sustentar las diferentes posiciones concurrentes en el proceso penal, al objeto de diseñar y contrarrestar las correspondientes estrategias acusadoras y defensivas<sup>169</sup>. Y tales actuaciones investigadoras han de llevarse a cabo mediando el necesario secreto que permita asegurar un relativo éxito en sus resultados (art. 301 LEcrim). Podemos advertir entonces, la necesidad de alcanzar un adecuado equilibrio entre los intereses subyacentes en la instrucción penal, en este caso, entre el aseguramiento de la investigación criminal y la articulación del principio de contradicción. Más aún, si tenemos en cuenta que, en ocasiones, la propia dinámica de las actuaciones

---

<sup>168</sup> Al respecto MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria*, 1997, (ref. de 10 de octubre de 2011), disponible en Web: [www.vlex.com](http://www.vlex.com). MONTERO AROCA, «Estructura del Proceso», en *Derecho Jurisdiccional, Parte General*, ob. cit., p. 326.

<sup>169</sup> En tal sentido, la STC 148/2005, de 6 de junio (F. J. 6º) dispone que las diligencias sumariales, se configuran como meros actos de investigación, encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente, que no constituyen por sí mismos auténticas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuida al juzgador.

investigadoras impedirá la articulación de una contradicción simultánea a su práctica<sup>170</sup>. Por tanto, como sostiene GUZMÁN FLUJA, no es posible garantizar siempre y en todo momento la existencia de una contradicción actual o simultánea a la obtención de la fuente de prueba. Pero es posible afirmar que es o debe ser posible (siempre) un contradictorio diferido sobre la fuente de prueba. Por ello, puede plantearse la idea de que en la instrucción penal no cabe reclamar una vigencia del principio contradictorio que asuma un carácter absoluto y maximalístico, y que determinadas atemperaciones se deben tener en cuenta para armonizar los diferentes intereses presentes en el proceso penal, todos ellos de alcance constitucional. Ahora bien incluso en la instrucción penal, la garantía de contradicción debe responder a unos mínimos adecuados para entender que cumple su cometido<sup>171</sup>. Contradicción que se desarrolla en la instrucción penal con un significado y contenido propios, que conviene diferenciar de aquélla que se produce en fase de juicio oral<sup>172</sup>. Hacer coincidir el alcance de la contradicción sobre la obtención de fuentes de prueba en instrucción, con aquélla que se predica del plenario, puede significar introducir por vía indirecta la constitución, *sui generis*, de material

---

<sup>170</sup> Lógicamente el hecho de que se produzca una contradicción diferida respecto de la obtención de fuentes de prueba, no exime para que una vez en fase de juicio oral, la práctica de la prueba se rodee de las garantías propias del enjuiciamiento: publicidad, oralidad, intermediación y por supuesto, contradicción. Como afirma MORENO CATENA, «Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal» en *Prueba y Proceso Penal*, ob. cit., (ref. de 27 de junio de 2013), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), cuando la fuente sumarial se incorpora al juicio oral no basta la simple lectura, de acuerdo con el art. 730 LECRIM, que facilita el contacto del juez con la fuente de prueba, sino que a la lectura le ha de seguir la posibilidad del debate procesal y de la contradicción, superando algunas prácticas forenses en que el precepto legal se cumplía dando «por reproducido» el documento sin siquiera tomarse la molestia de leerlo.

<sup>171</sup> En tal sentido, GUZMÁN FLUJA, «La anticipación y la prueba penal», en *Prueba y Proceso Penal*, ob. cit., (ref. de 27 de junio de 2013), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), la contradicción en la fase de instrucción puede darse de manera atemperada y puede no ser simultánea a la obtención de la fuente de prueba y es más una garantía de la obtención dialéctica de la fuente de prueba (o una garantía en orden a excluir esa fuente de prueba, o parte de ella, en un momento dado), que un método de generación de una prueba de cargo.

<sup>172</sup> Como afirma, GUZMÁN FLUJA, «La anticipación y la prueba penal», en *Prueba y Proceso Penal*, ob. cit., (ref. de 27 de junio de 2013), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), la contradicción debe realizarse en la fase de instrucción sin que ello implique que se esté adelantando el juicio oral, es decir, hay contradicción que es propia y tiene un sentido en cuanto se lleva a cabo en la instrucción, y que no puede confundirse con la que se lleva a cabo en el juicio oral.

probatorio de cargo al margen del juicio oral<sup>173</sup>. Resultaría entonces aconsejable formular la contradicción en sus justos términos en función de la etapa procesal en que se encuentren las actuaciones<sup>174</sup>.

De esta forma, como hemos advertido, mediante el ejercicio de la acción penal y la puesta en conocimiento de la acusación, surge la adquisición del status de parte respecto de acusador y acusado, respectivamente. Y una vez esto ocurre, el principio de contradicción, presupuesto primario del derecho de defensa, emerge respecto de las

---

<sup>173</sup> GUZMÁN FLUJA, «La anticipación y la prueba penal», en *Prueba y Proceso Penal*, ob. cit., (ref. de 27 de junio de 2013), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), la aplicación de las garantías constitucionales al proceso penal puede generar la creencia de que el material instructorio puede utilizarse con frecuencia y con ciertas condiciones como prueba de cargo susceptible de destruir la presunción de inocencia. De esta manera, llevando estas garantías a la instrucción, se está produciendo el efecto de entender por cumplidas las garantías necesarias para que se pueda generar un acto de prueba, y esta es una dinámica perversa. Recientemente, puede acudir a las SSTC 174/2011, de 7 de noviembre (F. J. 3º) y 75/2013, de 8 abril (F. J. 3º), entre otras, mediando una terminología similar en cuanto a la posibilidad de introducir excepciones al sistema probatorio. Y así recogen en las citadas resoluciones que si bien el derecho a un proceso con todas las garantías exige, como regla general, que los medios de prueba se practiquen en el seno del juicio oral con plenitud de garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación, la necesidad de ponderar el citado derecho fundamental con otros intereses y derechos dignos de protección permite modular los términos de esa regla e introducir determinados supuestos de excepción, siempre que se hallen debidamente justificados en atención a esos fines legítimos y, en todo caso, que permitan el debido ejercicio de la defensa contradictoria por parte de quien se encuentra sometido al enjuiciamiento penal.

<sup>174</sup> Respecto de la posibilidad de utilización de los resultados que arrojan las fuentes de prueba en juicio oral se pronuncia MORENO CATENA, «Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal» en *Prueba y Proceso Penal*, ob. cit., (ref. de 1 de octubre de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), al descartar la prohibición general de utilizar las diligencias de investigación, apostando porque sólo en ciertos casos y respetando una serie de garantías, tanto en la adquisición de la fuente de prueba como en su conservación y en su aportación al juicio oral, pueda procederse a su utilización. Para ello distingue:

1. Cuando una fuente de prueba se ha obtenido con la garantía de contradicción simultánea y a presencia judicial, si luego resultara indisponible para el juicio oral, dicha fuente puede ser tomada directamente de la investigación y alcanzaría valor probatorio.
2. Cuando fuera previsible que la fuente no iba a estar directamente disponible para el juicio oral, y a la vez resultaba posible producir la fuente de prueba conforme a la contradicción simultánea, debió actuarse en este sentido sin excusa alguna, incluso con la presencia judicial. Si no se hizo así, la fuente no podrá ser utilizada como prueba en el juicio oral.
3. El incumplimiento de las normas legales para la obtención de la fuente de prueba y para su incorporación al proceso, su custodia, aseguramiento y conservación, debe producir el mismo resultado: la fuente de prueba no será utilizable.
4. Cuando la fuente esté disponible para el juicio oral deberá ser llevada a él a través del oportuno medio de prueba, que se practicará con contradicción, inmediación, oralidad y publicidad.

actuaciones de los contendientes. Opera entonces respecto de dos ámbitos interrelacionados. Por un lado, al considerar la mencionada dualidad de posiciones, el principio de contradicción ha de informar las actuaciones que se desarrollan entre las partes. Han de ser contrapuestas mediante un adecuado debate y con pleno respeto al principio de igualdad procesal. Y por otro lado, ambas posiciones a su vez, deberán poder confrontar sus actuaciones ante el órgano decisor (principio de inmediación)<sup>175</sup>, quien habrá de velar por el correcto desenvolvimiento de las normas de procedimiento<sup>176</sup>. En lógica consecuencia, la articulación del principio de contradicción en las sesiones del juicio oral, nos conduciría a considerar, especialmente, el procedimiento probatorio, por cuanto, vistas las garantías que informan el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia (STC 31/1981, de 28 de julio), únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal, en el momento de dictar sentencia, las practicadas en el acto del juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad de armas, contradicción, inmediación y publicidad, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolle ante el mismo juez o tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes (STC 148/2005, de 6 de junio (F. J. 6º)).

## **2. El derecho a ser informado de la acusación.**

El derecho a ser informado de la acusación (art. 24.2. CE) se representa presupuesto esencial del derecho de defensa, a quien le sirve de fundamento, y del principio de contradicción, a quien aporta contenido. En efecto, sin una previa información y un posterior conocimiento de las pretensiones de condena que en contra de un sujeto se formulan, difícilmente podrá operar el principio de contradicción. ¿Cómo contradecir una postura que se desconoce?, ¿Cómo defenderse de aquella acusación cuyo contenido

---

<sup>175</sup> Para GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 121, el mejor contradictorio es el que va unido a los principios de inmediación, de oralidad y de publicidad.

<sup>176</sup> Asimismo, GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 122: todos estos principios no sólo operan en el sentido dicho sino también en otros dos. De un lado, interactúan respecto de las partes mutuamente que deben enfrentarse entre sí, contradecirse, de forma oral, pública, con inmediación una respecto de la otra; de otro lado, juega de las partes respecto del juez, como garantía para ellas del adecuado y conforme a la ley comportamiento del órgano judicial.

nos es ajeno<sup>177</sup>? El punto de partida resulta consecuentemente claro: la vulneración del citado derecho podrá entonces producir indefensión (STC 9/1982, de 10 de marzo (F. J. 1º)). Cuestión distinta sería que una vez analizado el material probatorio de que se disponga, las partes acusadoras opten por formular una acusación más afinada, quizás, a la que inicialmente fue planteada. Aun así, el derecho a conocer la misma opera en garantía del derecho de defensa, y por ende, de una resolución ajustada a Derecho. Pues si el sujeto pasivo del proceso penal ha de conocer la acusación contra él formulada, en el curso del proceso, para poder defenderse de forma contradictoria frente a ella, el pronunciamiento del juez o tribunal ha de efectuarse precisamente sobre los términos del debate, tal como han sido formulados en las pretensiones de la acusación y la defensa, lo cual significa, entre otras cosas, que ha de existir siempre una correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia<sup>178</sup>.

Por tanto, podemos advertir que el derecho a ser informado de la acusación es un derecho de carácter progresivo, cuyo cumplimiento se hace efectivo a medida que avanza la investigación. Se trataría de un derecho que evoluciona a lo largo del proceso penal, cuyo contenido se adecúa en función de la etapa procesal concreta por la que atraviesa la investigación y enjuiciamiento de los delitos, disponiéndose un grado de información mayor a medida que avanzan las actuaciones.

De esta forma, la puesta en conocimiento de la acusación se habrá de considerar según nos encontremos ante los encargados de suministrar dicha información<sup>179</sup> o bien ante los sujetos que habrán de recibirla, esto es, quien figure, en sus distintas denominaciones como parte pasiva del proceso penal. Mientras que para éste último, el sujeto receptor, la información de la acusación se define como un derecho, y de naturaleza fundamental; respecto del emisor, hablamos por contra, de una obligación de transmitir dicha información. Los encargados de dar cumplimiento a la referida obligación serán, en función del estadio en que nos encontremos, tanto el órgano judicial competente, el Ministerio Fiscal, como la autoridad gubernativa.

---

<sup>177</sup> SSTC 168/1990, de 5 de noviembre (F. J. 2º) y 170/2002, de 30 de septiembre, (F. J. 3º), entre otras.

<sup>178</sup> En tal sentido se pronuncia la citada STC 168/1990, de 5 de noviembre, (F. J. 2º).

<sup>179</sup> En este punto seguiremos el planteamiento expuesto por PLANCHADELL GARGALLO, *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, ob. cit., p. 90.



Respecto del órgano judicial ya sabemos que la admisión de denuncia o querella y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculpados (art 118 LEcrim). Una vez admitida denuncia o querella, la puesta en conocimiento de la acusación pasará por diversas fases y calificativos, en función del momento procesal, del tipo de proceso y de procedimiento que se siga (STC 141/1986, de 12 de noviembre, (F. J. 1º)). Sin embargo, tanto la finalidad como el fundamento del derecho que tratamos no varían: asegurar la correcta articulación de los derechos procesales del sujeto pasivo del proceso penal, y muy particularmente, su derecho de defensa.

Respecto del Ministerio Fiscal, podríamos apuntar dos posibilidades. En primer lugar, aquellas detenciones ordenadas por parte del referido órgano (art. 492 LEcrim y art. 5.2 EOMF), y en segundo lugar, la facultad que la confiere el art. 773 LEcrim, en cuanto a la posibilidad de hacer comparecer ante sí a cualquier persona al objeto de tomar declaración. En cuanto a la primera posibilidad apuntada, valga la pena recordar que toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención (art. 17.3 CE), obligación ésta que incumbe tanto al Ministerio Fiscal como a las órganos gubernativos que hayan practicado la detención (en el mismo sentido art. 520.2 LEcrim). Sin embargo, respecto de la segunda posibilidad, debemos acudir a la regulación de la citación judicial para aportar algo de claridad al respecto, cerrándose la posibilidad de usar tal diligencia para la citación de testigos<sup>180</sup>.

Visto lo anterior, resta por mencionar la obligación que incumbe a los órganos gubernativos que llevan a cabo las detenciones respecto de la información que habrán de suministrar al sujeto detenido. Como ya indicamos, art. 17.3. CE y art. 520.2 LEcrim<sup>181</sup>. Por el momento, simplemente advertir que la transmisión de información

---

<sup>180</sup> GIMENO SENDRA, «Las partes acusadoras», en *El Nuevo proceso Penal, Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, (con Almagro Nosete, Cortés Domínguez y Moreno Catena), Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 74 y ss.

<sup>181</sup> Asimismo, establece el art 771 LEcrim, dentro del procedimiento abreviado, la obligación que incumbe a la Policía judicial de informar, en la forma más comprensible, al imputado no detenido de cuáles son los hechos que se le atribuyen y de los derechos que le asisten. O bien, el art. 796 LEcrim respecto del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.

habrá de realizarse de forma comprensible, tal y como regula el art. 520 LEcrim, y en una lengua que el informado comprenda (STC 2/1994, de 17 de enero, (F. J. 2º)).

## **VII. LOS DERECHOS INSTRUMENTALES AL DERECHO DE DEFENSA.**

Vistos tanto el principio de contradicción como el derecho a ser informado de la acusación, ambos presupuestos del derecho de defensa, veamos ahora someramente como se conforma el mismo, a partir de los instrumentos de que se sirve para su realización. Como instrumentos del derecho fundamental de defensa: la asistencia letrada, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable<sup>182</sup>.

### **1. El derecho a la asistencia letrada.**

Las particularidades que encierra el proceso penal permiten afectar derechos fundamentales del sujeto investigado, tanto en sede judicial como por parte de la autoridad gubernativa, aun por estrecho margen de tiempo. De ahí que el propio texto constitucional se encargue de soslayar la garantía de asistencia letrada al detenido, tanto en diligencias policiales como judiciales (arts. 17.3 CE).

Dado su carácter asistencial, el derecho a la asistencia letrada se refiere, en primer término, a la asistencia en conocimientos que confluje, junto a la posición de la parte procesal que corresponda<sup>183</sup>, en articular las oportunas estrategias y actuaciones defensivas o de otra índole. Posteriormente, podrán considerarse otros argumentos, como por ejemplo la asistencia de carácter moral que el letrado puede prestar a su defendido en determinados momentos, sobre todo en aquellos especialmente delicados de la investigación penal. O bien la presencia del abogado en prevención de posibles vulneraciones ilegítimas de derechos fundamentales.

---

<sup>182</sup> MORENO CATENA, «El Derecho de defensa», en *Derecho procesal Penal*, ob. cit. p. 147.

<sup>183</sup> Indudablemente, la asistencia letrada no evita ni, por supuesto, excluye el derecho a la autodefensa.

Dicho lo anterior, se ha de concluir entonces la libertad que ha de corresponder a cada individuo a la hora de decantarse por el profesional a quien encargar dichas tareas<sup>184</sup>. La facultad para elegir libremente abogado, sin embargo, conoce la excepción prevista en el art. 527 LEcrim, pues mientras el detenido o preso se halle incomunicado su abogado será en todo caso designado de oficio<sup>185</sup>.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y en tal sentido la STC 196/1987, de 11 de diciembre (F. J. 4º), ha reconocido la doble proyección constitucional del derecho que venimos tratando. De esta forma, el derecho a la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales, que podremos enmarcar dentro del art. 17.3 CE, como una de las garantías del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) y la asistencia letrada al imputado o acusado que la propia Constitución española contempla en el art. 24.2, dentro del marco del derecho tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso debido. Y no es casual el uso de tales términos en singular pues no han faltado pronunciamientos, como en la STC 339/2005, de 20 diciembre (F. J. 4º), en los que se pone de manifiesto la existencia de dos derechos a la asistencia letrada que se protegen de forma individualizada y autónoma en los citados preceptos<sup>186</sup>. En efecto, el contenido del derecho a la asistencia letrada varía en función del estadio en que nos encontremos. Pero habremos de referirnos al derecho de asistencia letrada, en singular, amén de las

---

<sup>184</sup> STC 18/1995, de 24 enero (F. J. 2º): *“el derecho a la asistencia letrada, interpretado por imperativo del art. 10.2 de la CE de acuerdo con el art. 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades y con el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es, en principio y ante todo, el derecho a la asistencia de un letrado de la propia elección del justiciable, lo que comporta de forma esencial que éste pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentalizar su propia defensa. Así pues, en el ejercicio del derecho a la asistencia letrada tiene lugar destacado la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas de su abogado y, por ello, procede entender que la libre designación de éste viene integrada en el ámbito protector del derecho constitucional de defensa.”*

<sup>185</sup> STC 87/2010, de 4 noviembre (F. J. 5º): *“habiéndose decretado la incomunicación de forma motivada y en aplicación de los preceptos legales que la permiten (...), no puede apreciarse (...) vulneración del derecho a la asistencia letrada del detenido consagrada en el art. 17.3 CE.”* También relativamente recientes las SSTC 219/2009 y 220/2009, ambas de 21 de diciembre (F. J. 7º).

<sup>186</sup> DE LA OLIVA SANTOS, «Proceso y Derechos Fundamentales», *Derecho procesal: Introducción*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 450 y ss., se decanta por no confundir el derecho de defensa letrada, que se refiere a la que requiere estar involucrado en un proceso, con el derecho a la asistencia letrada al simple detenido (art. 17.3 CE), con independencia de que la detención se incardine en un proceso ya iniciado o sea, por así decirlo, autónoma.

formas y contenidos en que pueda manifestarse, sin que dicho diverso contenido, en nuestra opinión, permita realizar tal diferenciación conceptual<sup>187</sup>.

## **2. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa.**

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha conformado el contenido del presente derecho fundamental en base a las siguientes notas<sup>188</sup>:

- a) Se trata de un derecho fundamental de configuración legal. Su contenido viene regulado por las normas de probidad pensadas para los diferentes órdenes jurisdiccionales.
- b) No resulta ser un derecho de carácter absoluto. Se circunscribe a la práctica de aquellas pruebas declaradas pertinentes a juicio del órgano judicial competente, destacándose la necesaria motivación de la decisión judicial que deniega la práctica de las pruebas propuestas por las partes<sup>189</sup>.
- c) Por tanto, la inadmisión de pruebas relevantes para el asunto litigioso sin motivación alguna, o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable, puede conllevar la afectación del citado derecho.
- d) Lo que nos conduciría a considerar la posible afectación del derecho de defensa de la parte que ve denegada sus expectativas probatorias<sup>190</sup>.

De esta forma, entendemos por medios de prueba aquellos instrumentos procesales a través de los que las fuentes de prueba se incorporan al proceso<sup>191</sup>. Se trataría entonces de un concepto estrictamente procesal, por cuanto solo existe dentro de un proceso, y

---

<sup>187</sup> STC 252/1994, de 19 septiembre (F. J. 4º): “no es posible interpretar unitariamente, como dotado de un mismo contenido, el derecho a la asistencia letrada reconocido en los arts. 17.3 y 24.2 CE, dada la diversa función que esta garantía cumple en cada uno de ellos, en atención al bien jurídico protegido.”

<sup>188</sup> Las más recientes SSTC 14/2011, de 28 febrero, (F. J. 2º), 80/2011, de 6 de junio, (F. J. 3º), 86/2008, de 21 julio, (F. J. 3º), entre otras.

<sup>189</sup> La pertinencia de admitir un medio de prueba se determinará en función de la relación existente entre la prueba que se pretende practicar y el objeto del proceso. En tal sentido, STC 87/1992, de 8 junio (F. J. 2º). Recientemente, STS de 18 octubre de 2011 (F. J. 5º).

<sup>190</sup> En tal sentido, el Tribunal Constitucional exige demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas, así como argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de las pretensiones (STC 86/2008, de 21 julio, (F. J. 3º)).

<sup>191</sup> MORENO CATENA, «El desarrollo del Juicio Oral. La Prueba» en *Derecho procesal penal*, ob. cit. p. 373.

que se puede reputar como el vehículo, según venga diseñado por cada ley procesal, de la prueba (de la fuente de prueba). El mecanismo para manifestar y hacer aparecer dentro del proceso la fuente de prueba<sup>192</sup>.

A pesar de la deficiente redacción del precepto<sup>193</sup>, podemos convenir con MONTERO AROCA<sup>194</sup> que las garantías probatorias que informan el derecho fundamental vendrían a ser:

- Derecho a proponer prueba,
- Derecho a que se admita por el juez<sup>195</sup>,
- Derecho a que se practique la prueba propuesta y admitida,
- Derecho a intervenir en esa práctica,
- Derecho a que la prueba de la parte sirva para delimitar la convicción judicial conforme a la valoración racional y
- Derecho a que se expresen en la Sentencia los medios de prueba que han determinado la convicción judicial.

En cuanto a la enumeración de los medios de prueba, en materia penal, se hace referencia a la declaración del acusado, la prueba de testigos, el careo, la prueba pericial y la prueba documental, a considerar por el respectivo órgano judicial mediante el sistema de libre valoración de la prueba (art. 741 LEcrim). Respecto de la regulación contenida en el art. 727 LEcrim, el Tribunal Supremo ha venido entendiendo que la prueba de inspección ocular en el juicio oral tiene necesariamente un carácter

---

<sup>192</sup> GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, ob. cit. pp. 52 y ss.

<sup>193</sup> A tal efecto, las críticas de ALMAGRO NOSETE, *Constitución y Proceso*, Hijos de José Bosch, San Antonio de Calonge, Gerona, 1984, p. 112, quien entiende que medios de prueba son aquellos que, en este concepto son admitidos, por el juez, por ser conducentes al fin probatorio que se proponen. Se trataría entonces de un principio que no añade nada a lo que se establece a nivel de legislación ordinaria. O bien, MONTERO AROCA, «Introducción», en *Derecho jurisdiccional III, Proceso Penal*, ob. cit., p. 33, quien sostiene que la declaración del art. 24.2 CE, respecto del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, es parcial en un doble sentido. Por un lado, al referirse solo a la defensa y no a la acusación; y por otro lado, porque alude al derecho a la prueba sin referirse antes al derecho a alegar los hechos. En parecidos términos, sostiene dicho carácter parcial RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento criminal: octava lectura constitucional*, Atelier, D.L., Barcelona, 2006, p. 310.

<sup>194</sup> MONTERO AROCA, «Principio acusatorio y prueba», en *Prueba y proceso penal*, ob. cit., (ref. de 21 de noviembre 2011), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

<sup>195</sup> Evidentemente, aquella prueba que haya de ser admitida.

excepcional, dado que, por sus características, choca con los principios de concentración y publicidad que informan de una manera decisiva el proceso penal en esta etapa. Aun cuando esté prevista en el citado artículo como prueba admisible en el juicio oral, sólo se debe practicar cuando las partes no dispongan de ninguna otra forma de llevar al conocimiento del tribunal los hechos relevantes del objeto del proceso<sup>196</sup>. Dicho lo anterior, respecto de la enumeración de los medios probatorios que la Ley procesal penal contempla, se debe acoger un criterio de *numerus apertus*, por lo que la inadmisión de un concreto medio de prueba basada simplemente en que el mismo no está previsto expresamente en la ley podría considerarse, en la actualidad,

---

<sup>196</sup> SSTs 11 de mayo de 1988 (F. J. 1º), de 11 mayo (F. J. 1º) y de 27 marzo de 1990 (F. J. 1º). Asimismo, la STS de 25 junio de 1990 (F. J. 1º): “*la ordenación de la inspección ocular en el plenario (...) dependerá de que el Tribunal disponga de elementos suficientes para formar un juicio y, conforme a ello, que resulte necesario o inútil, debiéndose indicar que, en general, resulta inútil una vez concluso el sumario y transcurridos varios meses, pues no cabe ya recoger huellas o vestigios que puedan poner de relieve la forma de comisión, por vía de hipótesis, de los hechos objeto de acusación.*” En cuanto a la doctrina científica, GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho Procesal Penal*, ob. cit. p. 428, sostiene la excepcionalidad de la medida que, en calidad de prueba preconstituida, se habrá efectuado en la instrucción, por lo que al igual que los informes periciales, entrará en el juicio oral por la vía de la prueba documental. Por su parte, MONTÓN REDONDO, «El juicio oral», en *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, ob. cit. p. 335, duda de la eficacia de sus resultados, haciendo suyos los argumentos recién expuestos en las anteriores resoluciones judiciales. Al igual que TOMÉ GARCÍA, «Fase decisoria», en *Derecho Procesal Penal*, (con de la Oliva Santos, Aragoneses Martínez, Hinojosa Segovia y Muerza Esparza), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 503 y 504, y DE DIEGO DIEZ, «La inspección ocular como medio de prueba», en *El proceso penal*, ob. cit., (ref. de 12 de enero 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com). Para RAMOS MENDEZ, *Enjuiciamiento criminal: octava lectura constitucional*, ob. cit., p. 318 y 319, la regulación de la materia resulta parca y confusa, pues se corre el riesgo de confundir el medio de prueba con la diligencia homónima de instrucción. En un sistema de concentración como el que preside el juicio oral, la práctica de esta prueba entraña algunas dificultades logísticas. Pero éstas no deben entorpecer el verdadero sentido de este medio probatorio: la oportunidad de apreciación inmediata por parte del Tribunal, sin intermediación. Para CLIMENT DURANT, *La prueba penal*, Tirant Online, 2005, (ref. de 12 de enero 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), se trataría del caso más puro de inspección ocular, porque es el Tribunal, en pleno, quien la realiza durante el juicio oral, antes de sentenciar el caso que ha de juzgar definitivamente (...). Su valor probatorio es muy intenso, porque es una inspección judicial, y además porque es directa, o sea, porque el tribunal no adquiere su conocimiento a través de la intermediación de un testimonio, de una pericia o de un documento, sino que lo obtiene directamente y se persuade o convence personalmente sobre cómo es una determinada cosa, persona o lugar, y la incidencia que lo por él observado tiene en la decisión que ha de plasmar en su sentencia. Trayendo a colación a JIMÉNEZ ASENJO, «Derecho Procesal Penal», en *Revista de Derecho Privado*, 1949, Vol. I; SAEZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, *Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal*, Santillana, D.L., Madrid, 1965, Tomo IV, Vol. II.

inconstitucional<sup>197</sup>.

### **3. El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.**

Entre los derechos y garantías que informan el estatuto básico del sujeto detenido, el art. 17.2 CE prescribe la expresa prohibición de que el sujeto detenido pueda ser obligado a declarar. Por su parte, el propio el art. 24.2 CE consagra el derecho a no declarar contra sí mismos y derecho a no confesarse culpables (art 24.2 CE). Parece entonces lógico advertir que dicha configuración se corresponde con las actuaciones del sujeto pasivo del proceso penal, siendo ejercitable tanto en las actuaciones investigadoras, como en fase de enjuiciamiento.

Por su parte, la Ley Procesal Penal enumera en su art. 520.2.a) los derechos que asisten a toda persona detenida o presa, y entre los que aquí interesa: el derecho a guardar silencio, no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas

---

<sup>197</sup> MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria*, ob. cit., (ref. de 11 de diciembre de 2011), disponible en Web: [www.vlex.com](http://www.vlex.com). En el mismo sentido cita el autor a DÍAZ PALOS y LATOUR BROTONS, «Constitución y Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1985 p. 468. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*, Praxis S.A., Barcelona, 1997, p. 70. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1987-1988, Tomo I, Vol. I, p. 405; MONTERO AROCA, «Las cintas magnetofónicas como fuentes de prueba», en *Revista Poder Judicial*, 1983, nº 7, p. 40. VILABOY LOIS y GONZÁLEZ PILLADO; *La prueba por medio de los modernos avances científico-tecnológicos en el proceso civil*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 17-18. Para DE LA OLIVA SANTOS, «Proceso y Derechos Fundamentales», *Derecho procesal: Introducción*, ob. cit., p. 451, tratándose de un derecho de configuración legal, la admisión y práctica de la prueba pertinente se ha de entender sometida a la regulación del proceso de que se trate, siendo legítimo y constitucional que el legislador, por buenas razones, haya establecido alguna singularidad en el régimen de la prueba (por ejemplo permitir solo ciertos medios de prueba o restringir la *materia probandi*).

que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez<sup>198</sup>. Asimismo, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, correspondiendo tanto al órgano judicial<sup>199</sup> como a la autoridad gubernativa, la obligación de poner en conocimiento de dichos sujetos los mencionados derechos<sup>200</sup>. En definitiva, se trataría de la libre disposición del acto de declarar<sup>201</sup>, tanto del silencio como del contenido de

---

<sup>198</sup> Con vinculación directa con los citados derechos, los arts. 385 y ss. LEcrim, y muy significativamente el art. 400 LEcrim, estableciendo la posibilidad de que el procesado pueda declarar cuantas veces quiera, debiendo el juez recibirle inmediatamente la declaración, si tuviera relación con la causa. Al respecto, la STC 197/1995, de 21 de diciembre (F. J. 6º), interpretó los citados derechos como “*garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable.*” Asimismo, tales derechos entroncarían también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia, la que sitúa en la acusación la carga de la prueba (STC 161/1997, de 2 de octubre (F. J. 5º). A su vez, STC 142/2009, de 15 junio.

<sup>199</sup> Se debe tener presente que aun cuando se produzca la confesión del sujeto pasivo del proceso penal, ello no dispensará al juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito (art. 406 LEcrim). En tal sentido, ALMAGRO NOSETE, *Constitución y proceso*, ob. cit. p. 111.

<sup>200</sup> Al respecto MORENO CATENA, «El desarrollo del Juicio Oral. La Prueba», en *Derecho procesal penal*, ob. cit. pp. 282 y 283, entiende que se habrá de advertir expresamente al detenido sobre el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; y no sólo de modo genérico, sino en la pregunta o grupo de preguntas que directamente le pudieran incriminar. Asimismo, creemos que garantiza también de un modo cierto el derecho de defensa del sujeto declarante que dicha posible incriminación pueda ser determinada por el letrado que le asiste en la declaración, debiendo éste, de viva voz, exponer sus argumentos respecto del posible carácter incriminatorio que la pregunta o grupo de preguntas y sus correspondientes respuestas pudieran conllevar, o bien, como más adelante se expondrá, contemplar la posibilidad de residenciar la asistencia letrada en dependencias gubernativas con carácter previo a la posible declaración del detenido.

<sup>201</sup> Denominado por la doctrina anglosajona como privilegio contra la autoincriminación que asiste al sujeto pasivo del proceso penal, y muy especialmente al detenido.



lo que se declara<sup>202</sup>, sin que, en principio, sea admisible detraer consecuencias negativas respecto de la opción defensiva de guardar silencio<sup>203</sup>.

Por tanto, la libre disposición del acto de declarar y del contenido de lo declarado ha de implicar su carácter renunciante. El titular del derecho podrá controlar los términos de la declaración, mostrando su anuencia a responder determinadas preguntas y la negativa a responder otras, o incluso posteriormente según el momento procesal en que se encuentren las actuaciones, decidir continuar con la toma de declaración<sup>204</sup>. Si una vez comunicado al titular del derecho a no declarar, decide ejercitarlo, no solo tendrá derecho a no responder a las preguntas que le formulen, sino, más aun, a no recibir pregunta alguna. Podemos entonces afirmar, que han de desecharse los resultados que arrojen la toma de declaración practicada, sin previa información sobre los derechos del detenido. Entre tales derechos, esencialmente, el derecho a no declarar, a no hacerlo contra sí mismo, a no confesarse culpable, y el derecho a disponer de asistencia letrada.

Por último, la estrecha conexión existente entre los citados derechos en fase de detención nos conduce a considerar la posibilidad de practicar toma de declaración sin la presencia de letrado, tal y como autoriza el art. 520.4 LEcrim. A modo de excepción,

---

<sup>202</sup> MORENO CATENA, «El desarrollo del Juicio Oral. La Prueba», en *Derecho procesal*, ob. cit., p. 282. Por su parte, DE LA OLIVA SANTOS, «Proceso y Derechos Fundamentales», en *Derecho procesal, Introducción*, ob. cit. p. 452 y 453, aprecia la existencia de un solo derecho: el derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable (concreción lo segundo de lo primero). En opinión del autor, el término “declarar” se debe interpretar de modo estricto pues no se trata de amparar la negativa a cualquier actuación (a someterse a un test de alcoholemia) posiblemente perjudicial, sino a las declaraciones formalmente consideradas tales en cuanto de ellas puedan derivarse consecuencias desfavorables.

<sup>203</sup> En tal sentido, las SSTC 67/2001, de 17 marzo (F. J. 6º), 202/2000, de 24 de julio, (F. J. 5º) y 61/2005, de 14 marzo (F. J. 3º), entre otras. Para MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, ob. cit., p. 35 y 36, con tales previsiones se configura, desde el punto de vista positivo, el derecho a guardar silencio, a partir del cual deben reinterpretarse muchas normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De este derecho debe ser informado el imputado-acusado sin que su ejercicio pueda suponerle consecuencias negativas. Asimismo, RAMOS MENDEZ, *Enjuiciamiento Criminal*, ob. cit., p. 185 quien sostiene la existencia de un verdadero derecho a guardar silencio que invalida normas de la LEcrim dedicadas a regular las declaraciones de los imputados (entre otras 385, 386 387, 395, 408, 409, etc.). Sin embargo, se admiten matizaciones respecto del derecho a guardar silencio, si “*existiendo pruebas incriminatorias objetivas cabe esperar del imputado una explicación*” (SSTC 202/2000, de 24 de julio y 65/2005, de 14 de marzo, a colación de la STEDH de 8 de febrero de 1996, Caso John Murray c. Reino Unido). Véase LÓPEZ ORTEGA, «Contradicción y defensa (Cinco cuestiones sobre prueba penal, precedidas de una introducción sobre la eficiencia del proceso penal)», en *La generalización del Derecho Penal de excepción: tendencias legislativas, Estudios de Derecho Judicial*, ob. cit., pp. 130 y ss.

<sup>204</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S: 436 (1966).

al carácter preceptivo de la asistencia letrada, como posteriormente tendremos ocasión de comentar, la cuestión fundamental en este momento radica en validar la renuncia expresa e inequívoca del detenido a los derechos comentados<sup>205</sup>.

### **VIII. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL DERECHO A LA ASISTENCIA Y DEFENSA LETRADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.**

Vistos los rasgos básicos definidores del derecho a la asistencia letrada con ocasión del desarrollo de epígrafes anteriores, resta desarrollar las particularidades que el citado derecho presenta. Para ello comenzaremos por vislumbrar tanto la forma de designación de letrado como el contenido y naturaleza que informa el derecho a la asistencia letrada.

#### **1. Forma de designación del abogado defensor.**

Debemos comenzar por considerar el contenido del art. 6.3 c) CEDH, cuando prescribe la posibilidad de disponer de letrado de confianza, o bien de profesional designado de oficio, cuando los intereses de la Justicia así lo exijan. Mientras en el primer caso hacemos referencia al letrado de propia elección, que será la regla general, solo excepcionable en los casos legalmente previstos, en el segundo caso se alude a aquella situación en que se brinda la asistencia letrada con cargo a fondo público.

De esta forma, las bases del procedimiento de designación de letrado se recogen en el art. 520. 4 LEcrim, donde se preceptúa que la autoridad judicial y los funcionarios bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso, se abstendrán de hacerle recomendaciones sobre la elección de abogado, debiendo comunicar, en forma que permita su constancia, al Colegio correspondiente el nombre del abogado elegido por el detenido o preso o bien su petición de letrado de oficio.

#### **2. Finalidad del derecho a la asistencia letrada.**

Si retomamos el contenido de la mencionada STC 196/1987, de 11 de diciembre, (F. J. 5º), el derecho a la asistencia letrada al detenido responde, por un lado, a la finalidad de asegurar que los derechos constitucionales del mismo sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y, por otro lado, que disponga del debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los

---

<sup>205</sup> Michigan v. Jackson, 475 U.S. 625 (1986).

interrogatorios, incluida la posibilidad de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma<sup>206</sup>.

Por su parte, el derecho de asistencia letrada reconocido en el art. 24.2 CE, con especial proyección hacia el proceso penal, tiene por finalidad asegurar la efectiva realización de los mencionados principios de igualdad de las partes y de contradicción. Y en cuanto tal, mediando la oportunidad de que ambas partes puedan alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses.

### **3. El derecho a la asistencia jurídica gratuita.**

En conexión con los hasta ahora expuesto, el derecho de asistencia jurídica gratuita se reconoce, de forma específica, en el art. 119 CE, al ordenar que “*la justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley, y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar.*” La remisión constitucional al correspondiente cuerpo legislativo, hace depender la configuración y concesión del derecho a la asistencia y representación jurídica gratuita (en adelante derecho a la asistencia jurídica gratuita), de su previa determinación por el Legislador<sup>207</sup>. Sin embargo, en la configuración legal del derecho, el Legislador no goza de una libertad absoluta, sino que debe respetar un contenido constitucional indisponible, que se corresponde, indudablemente, con la mencionada insuficiencia de recursos para litigar.

De esta forma, la Jurisprudencia constitucional ha entendido que se trataría de un derecho de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la Jurisdicción del art.

---

<sup>206</sup> Como sostiene DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, «El Estatuto del detenido preventivamente», en *El proceso penal*, ob. cit., (ref. de 19 de diciembre de 2011), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), la asistencia de abogado al detenido tiene dos finalidades primordiales: de un lado, hacer valer los derechos del detenido o preso, garantizando su ejercicio y solicitando la constancia en el procedimiento de cuantos hechos o circunstancias puedan favorecer su situación en el proceso, y de otro, asesorar a éste técnicamente para orientar su defensa, mediante el oportuno consejo legal. El primer cometido lo cumple el letrado interviniendo activamente en las diligencias y el segundo, de asesoramiento, entrevistándose a solas con el detenido para darle su consejo.

<sup>207</sup> STC 16/1994, de 20 enero (F. J. 3º): “*el art. 119 del texto constitucional proclama, pues, un derecho a la gratuidad de la justicia pero en los casos y en la forma en los que el Legislador determine. Es un derecho prestacional y de configuración legal cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esta naturaleza, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias.*”

24.1 CE, que se reconoce a toda persona física que acredite las circunstancias legales exigidas de ausencia de recursos para litigar, y a determinadas personas jurídicas, en los términos que la legislación aplicable determine (STC 117/1998, de 2 de junio (F. J. 3º)). Todo ello, en cuanto fuera precisa la asistencia letrada. Se referencia entonces el derecho a la tutela judicial efectiva, primeramente, en cuanto acceso a la Jurisdicción, y por tanto, se califica el derecho a la asistencia jurídica gratuita como instrumento a partir del cual se sirve el citado derecho a la tutela judicial efectiva para su desarrollo. Si bien, habríamos de añadir, en aquellos casos en que la asistencia letrada devenga preceptiva, o bien, un interés superior de Justicia aconseje la necesaria asistencia y representación pública, o si se prefiere, con cargo a fondo público. El derecho a la asistencia letrada pública se instrumentaliza en favor del derecho a la tutela judicial efectiva allí donde se configure como requisito estructural del proceso. Quiere esto decir que si para constituir parte procesal legítima en un determinado proceso penal, se necesita de querella firmada por abogado y procurador, evidentemente, quien no pueda procurarse la servicios de los citados profesionales verá mermadas sus posibilidades de accionar el mecanismo jurisdiccional. Ahora bien, en aquellos procesos en que la asistencia letrada no resulte preceptiva, por ejemplo el juicio de faltas, no cabría entender el carácter instrumental del derecho a la asistencia letrada pública respecto del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>208</sup>. Cuestión distinta resulta si una vez abierto el juicio de faltas se reputa necesaria dicha asistencia letrada. En efecto, el derecho a la asistencia jurídica gratuita constituye, asimismo, una garantía no sólo de los intereses de los particulares, sino también de los intereses generales de la justicia (STC 182/2002, de 14 octubre (F. J. 3º)).

---

<sup>208</sup> STC 105/1996, de 11 junio (F. J. 2º): “la denegación de la asistencia letrada no conlleva sin más una vulneración del art. 24.2 CE. Para que esto suceda es necesario que la falta del letrado de oficio solicitado, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, haya producido al solicitante una real y efectiva situación de indefensión material, en el sentido de que la autodefensa se haya revelado insuficiente y perjudicial para el litigante impidiéndole articular una defensa adecuada de sus derechos e intereses legítimos en el proceso, es decir, que se haya producido un menoscabo real y efectivo de su derecho de defensa. En este sentido, cuando la ley impone la obligatoriedad de la asistencia de abogado y procurador para la válida realización de los actos procesales, este requisito de postulación procesal no puede convertirse en una carga para el justiciable que carece de recursos económicos que se erija en obstáculo insalvable para el acceso a la jurisdicción o, en su caso, al recurso preestablecido, pues no es admisible constitucionalmente hacer depender de una institución ajena al litigante el efectivo cumplimiento de los requisitos procesales capaces de determinar, en su caso, la inadmisión de los recursos.”

La Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge, en su art. 118, expresa referencia al derecho que venimos tratando, puesto que para ejercitar el derecho concedido en el párrafo primero, esto es, el derecho de defensa, las personas interesadas deberán ser representadas por procurador y defendidas por letrado, designándose de oficio cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren y, en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para verificarlo. Por tanto, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de tales profesiones o hayan de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación, se procederá a la designación de oficio si una vez se requiera realizar su designación no se hubieran nombrado. Asimismo, el art. 119 LEcrim, establece la designación de oficio cuando haya de procederse a la imputación de una persona jurídica, si llegado el momento, quien legalmente la represente en el tráfico jurídico, no procede a la oportuna designación de abogado y procurador. Las eventuales cuestiones económicas que pudieran derivarse de la asistencia letrada, tanto particular como de oficio, se contemplan, de forma sucinta, en el art. 121 LEcrim.

Por su parte, la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, regula tanto el contenido del derecho como el procedimiento para su reconocimiento y efectividad, siendo de aplicación general en todo tipo de procesos judiciales, incluidos los recursos de amparo constitucional, así como el asesoramiento previo al proceso (art. 1 LAJG). Dicho lo anterior, el legislador podrá atribuir el beneficio de justicia gratuita a quienes reúnan las características y requisitos que considere relevantes, podrá modular la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado -penal, laboral, civil, etc.- o incluso del tipo concreto de proceso y, por supuesto, en función de los recursos económicos de los que pueda disponer en cada momento (STC 16/1994, de 20 enero (F. J. 3º)). Para ello, se establecen una serie de requisitos que informan su concesión, primordialmente económicos, por cuanto se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita a aquellas personas físicas cuyos recursos e ingresos económicos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, no superen el doble del salario mínimo interprofesional vigente en el momento de efectuar la solicitud (art. 3

LAJG)<sup>209</sup>. Asimismo, concurren requisitos de diversa índole, como por ejemplo pueda ser la sostenibilidad de la pretensión (art. 15 LAJG)<sup>210</sup>.

De esta forma, el procedimiento de solicitud y concesión de asistencia jurídica gratuita se regula en los arts. 9 y ss. de la citada Ley 1/996, instándose primeramente ante el Colegio de abogados del lugar en que se halle el juzgado o tribunal que haya de conocer del proceso principal para el que aquél se solicita, o bien ante el juzgado de su domicilio. Dicho Colegio de abogados realizará una designación provisional, dando cuenta tanto al Colegio de procuradores oportuno, a fin de que, en caso de ser preceptivo, se designe igualmente procurador que asuma la representación. De dicha designación provisional se dará traslado a la Comisión de asistencia jurídica gratuita a los efectos de su verificación y resolución. Frente a la decisión de la Comisión referida podrán interponerse los remedios procesales previstos en el art. 20 LAJG, el cual, tras reconocer el derecho a impugnar dichas resoluciones, prevé el oportuno procedimiento

---

<sup>209</sup> A salvo las particularidades que la propia Ley de asistencia jurídica gratuita contempla, en sus arts. 3 y ss., y a tal efecto, la citada STC 16/1994 (F. J. 3º): *“el legislador español recurre con frecuencia al salario interprofesional como dato objetivo a partir del cual mide la capacidad económica para acceder a determinados beneficios o ayudas públicas. También lo utiliza como criterio para fijar el nivel económico mínimo de subsistencia, cuya garantía viene exigida por el principio del respeto a la dignidad humana, que actúa, junto con otros elementos, para determinar, por ejemplo, la cuantía de recursos inembargables. Pues bien, este Tribunal ha tenido ocasión de reconocer, de forma implícita, que esta forma de fijar el nivel mínimo de supervivencia no resulta en modo alguno arbitraria o irrazonable. Por ello, si el salario mínimo interprofesional puede utilizarse como criterio objetivo para determinar el nivel mínimo vital de subsistencia, es decir, si puede considerarse razonable y proporcionada la presunción del legislador de que con el salario mínimo se pueden cubrir las necesidades vitales, igualmente razonable y proporcionada debe considerarse la presunción de que el doble del salario mínimo permite hacer frente a esas necesidades y a los gastos procesales o, si se prefiere, permite hacer frente a estos gastos sin poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia.”* La cantidad en que se residencia el salario mínimo interprofesional, actualmente I.P.R.E.M. (Indicador Múltiple de Rentas de Efectos Públicos) son 532,51 euros mensuales para el año 2013.

<sup>210</sup> STC 12/1998, de 15 enero (F. J. 4º): *“la denegación del beneficio de asistencia jurídica gratuita por insostenibilidad de la pretensión del interesado tiende, ante todo, a asegurar que el esfuerzo social colectivo y solidario que requiere el disfrute de tal beneficio por parte de los ciudadanos más desfavorecidos económicamente no vaya a parar a la defensa de pretensiones que, por absurdas o descabelladas, no resulten merecedoras de ser sufragadas con dinero público; persiguiendo, además, la finalidad de evitar el ejercicio abusivo o temerario del derecho de acceso a la jurisdicción en defensa de pretensiones manifestamente abocadas al fracaso, designio éste que, como ya declaramos en la STC 206/1987, se encuentra entre los que legítimamente puede perseguir el legislador a la hora de limitar el libre ejercicio del derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales.”*

ante el juez o tribunal competente, quien resolverá mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno.

A modo de ejemplo, en el caso del Ilustre Colegio de abogados de Sevilla<sup>211</sup>, la documentación acreditativa para la concesión del derecho de asistencia jurídica gratuita resulta ser la siguiente:

- Modelo normalizado de solicitud.
- Declaración de Renta y del Patrimonio del último ejercicio o certificación negativa de la A.E.A.T. de no haberla realizado.
- Certificado de los centros de trabajo y de las altas y bajas de la Seguridad Social (Vida Laboral).
- Fotocopia del Libro de Familia (sólo en caso de estar casado el solicitante o hijos, pareja de hecho)
- Trabajadores: Última nómina o Certificado de Empresas de conceptos salariales.
- Desempleados: Certificado del INEM de periodo de desempleo y percepción de subsidios.
- Pensionistas: Certificado del Organismo que abona la pensión indicando su cuantía.
- Certificado de otras Administraciones en caso de recibir alguna ayuda.
- Certificación catastral y títulos de propiedad de bienes inmuebles, si procede.

En el caso de menores, los padres/tutores aportarán la misma documentación.

En el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid<sup>212</sup>:

1.- Modelo normalizado de solicitud.

2.- Documentación general:

- Fotocopia DNI, Pasaporte o Tarjeta de Residencia.
- Fotocopia del Libro de Familia.

---

<sup>211</sup> Información contenida en [www.icas.es](http://www.icas.es).

<sup>212</sup> Información contenida en [www.icam.es](http://www.icam.es).

- Fotocopia completa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del último ejercicio presentado o certificado negativo expedido por la Administración Tributaria.
- Certificado de bienes expedido por la oficina de Catastro.
- Certificado de Empadronamiento donde figuren todas las personas que viven en el domicilio del solicitante.
- Informe de Vida Laboral expedido por la Tesorería General de la Seguridad Social.

### 3.- Documentación económica:

- Trabajadores por cuenta ajena: Certificado de la Empresa donde se haga constar el salario anual bruto o Fotocopia de las cuatro últimas nóminas.
- Trabajadores por cuenta propia: Fotocopia últimas declaraciones trimestrales IVA e IRPF y resumen anual.
- Desempleados: Certificado expedido por el Instituto Nacional de Empleo en el que conste el periodo de desempleo y percepción de subsidios, indicando la cuantía mensual.
- Pensionistas: Certificado expedido por el Organismo Público o Privado que abone la pensión, donde conste el importe mensual.

#### a) La decisión judicial sobre el derecho de asistencia jurídica gratuita.

Como acabamos de advertir, la Ley procesal penal dispone en su art. 141, que mediante auto, se decidirá la admisión o denegación del derecho de justicia gratuita. En toda su amplitud, debiendo dictarse dicha resolución en los casos en que se resuelva sobre la solicitud que previamente se planteó ante el debido Colegio y Comisión de asistencia jurídica gratuita, como la solicitud que pueda crearse, *ex novo*, ante el propio órgano judicial. Asimismo, el art. 21 LAJG establece:

*“Si, conforme a la legislación procesal, el órgano judicial que esté conociendo del proceso estimara que, por las circunstancias o la urgencia del caso, fuera preciso asegurar de forma inmediata los derechos de defensa y representación de las partes, y alguna de ellas manifestara carecer de recursos económicos, dictará una resolución motivada requiriendo de los Colegios profesionales el*



*nombramiento provisional de abogado y de procurador, cuando las designaciones no hubieran sido realizadas con anterioridad.*

*El Secretario judicial comunicará dicha resolución por el medio más rápido posible a los Colegios de Abogados y de Procuradores, tramitándose a continuación la solicitud según lo previsto en los artículos precedentes.”*

En desarrollo de lo anterior, el art. 13 del Real Decreto 996/2002, de 25 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, de forma similar prescribe, con técnica un tanto defectuosa:

*“1. El órgano judicial que esté conociendo de un proceso podrá dictar resolución motivada, y requerirá de los colegios profesionales el nombramiento provisional de abogado y, en su caso, procurador si estimara preciso asegurar de forma inmediata los derechos de defensa y representación de las partes y alguna de ellas manifestara carecer de recursos económicos.*

*2. Con dicha resolución, se adjuntará la solicitud del beneficio de justicia gratuita del interesado, debidamente firmada, solicitud que previamente le habrá sido facilitada por el propio órgano judicial.*

*El nombramiento provisional de abogado y procurador a requerimiento judicial no obstará para que el posible interesado deba facilitar la correspondiente documentación para la obtención del beneficio de asistencia jurídica gratuita.”*

El doble requisito respecto de asegurar de forma inmediata los derechos de defensa y representación de las partes, y la carencia de recursos económicos, que habrá de ser manifestada por la parte. ¿Y qué ocurre cuando la parte simplemente declina manifestar dicha carencia económica? Bien por no existir, bien por voluntad expresa o tácita de no

ser representado por profesional alguno<sup>213</sup>. Evidentemente, el órgano judicial actuará en los términos hasta ahora descritos, procediendo a solicitar designación del correspondiente profesional de oficio, a través de la citada resolución. Posteriormente ya se considerará la cuestión económica para dilucidar los gastos que dicha asistencia y representación hayan generado. De esta forma, la conexión existente entre el derecho a la asistencia letrada y la institución misma del proceso determina que la pasividad del titular del derecho deba ser suplida por el órgano judicial para cuya propia actuación, y no sólo para el mejor servicio de los derechos e intereses del defendido, es necesaria la asistencia del letrado (ATC 255/2007, de 23 mayo (F. J. 2º))<sup>214</sup>.

La regla general indica entonces documentar y motivar la resolución que se dirige al respectivo Colegio profesional para proceder a la designación correspondiente. Para proteger el derecho de la parte, y ante el riesgo de indefensión que pueda generarse, se dota de las máximas garantías la resolución por la que se solicita la justicia gratuita, exigiendo que se colme de las dignidades de motivación que informan la conformación del auto. Si bien, podremos entender que primero se realice el requerimiento, aun verbalmente, y posteriormente se documente en la forma prevista en la Ley. Obviamente se ha de descartar que la motivación traiga causa en las actuaciones del Ministerio Público, sino de forma indirecta, como garante de la legalidad, el cual estaría

---

<sup>213</sup> Como sostiene MORENO CATENA, «El derecho de defensa», en *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 152, este régimen de asistencia obligatoria de abogado ha de considerarse irreproachable desde el punto de vista constitucional, porque no supone en su formulación (cosa distinta es lo que pueda pasar en la realidad) quebranto alguno del derecho fundamental, aunque tampoco viene exigido por él. La regulación representa una opción legislativa tendente a salvaguardar mejor el derecho de defensa del imputado; sin embargo, cuando el imputado no quiera defenderse y adopte conscientemente una actitud pasiva y de rechazo de todo abogado (que podría ser en definitiva un medio de defensa), y aún así el ordenamiento le impusiera la presencia de un defensor, éste vendría al proceso actuando un legítimo mecanismo de autoprotección del sistema, para que se vean cumplidamente satisfechas las «reglas del juego» de la dialéctica procesal y de la igualdad de las partes, paliando la inferioridad en que pueda encontrarse el imputado por falta de conocimientos técnicos, de experiencia forense, de serenidad, o por imposibilidad física de actuar, funcionando al mismo tiempo como controlador del regular desenvolvimiento del proceso en interés del imputado.

<sup>214</sup> En tal sentido, las SSTC 42/1982, de 5 julio (F. J. 2º) y 18/1995, de 24 de enero (F. J. 2º), entre otras. Asimismo, la STC 146/2007, de 18 junio (F. J. 3º) soslaya “*la especial responsabilidad que incumbe a los órganos judiciales de velar por evitar la indefensión del justiciable en el proceso penal, porque en este ámbito, la protección de los bienes en conflicto adquiere la mayor intensidad que puede dispersar el ordenamiento jurídico, habiendo resaltado este Tribunal en numerosas resoluciones el deber positivo de velar por la efectividad de la defensa del acusado o del condenado en el proceso penal por parte de profesionales designados de oficio.*”

obligado a solicitar al propio órgano judicial que requiera la debida asistencia letrada. Tampoco respecto del Colegio profesional correspondiente, pues no es parte procesal alguna. Por tanto, motivación orientada hacia la parte contraria de aquélla para quien se solicita la designación, protegiéndose en todo momento el principio de igualdad y la oportuna contradicción, así como, respecto de la parte que adolece de la referida asistencia letrada<sup>215</sup>.

b) Contenido prestacional del derecho de asistencia jurídica gratuita.

A tenor del art. 6 LAJG, el derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende las siguientes prestaciones:

- Asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal, o analizar la viabilidad de la pretensión.
- Asistencia de abogado al detenido o preso que no lo hubiera designado, para cualquier diligencia policial que no sea consecuencia de un procedimiento penal en curso o en su primera comparecencia ante un órgano judicial, o cuando ésta se lleve a cabo por medio de auxilio judicial y el detenido o preso no hubiere designado Letrado en el lugar donde se preste.
- Defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea

---

<sup>215</sup> A tal fin, entendemos urgente la efectividad de la designación y de la asistencia, otorgando el tiempo necesario para que el letrado, recién designado, tome conocimiento de las actuaciones y pueda preparar una adecuada defensa. De ahí, que sea posible defender un primer requerimiento verbal. Como sostuvo la STC 18/1995, de 24 enero (F. J. 3º): “*el derecho fundamental de carácter prestacional a la asistencia letrada no puede desembocar en una mera designación rituarial que redunde en una ausencia de asistencia efectiva, debiendo los órganos judiciales extremar las cautelas para que el derecho de defensa no sea meramente formal o ilusorio, sino en orden a que la asistencia letrada resulte real y efectiva.*”

Asimismo, la STC 37/1988, de 3 de marzo (F. J. 6º), en relación con la STEDH de 13 de mayo de 1980 (caso Ártico) donde se declaró que el citado art. 6.3 c) del Convenio “*consagra el derecho a defenderse de manera adecuada, personalmente o a través de abogado, derecho reforzado por la obligación del Estado de proveer en ciertos casos de asistencia judicial gratuita, obligación que no se satisface por el simple nombramiento o designación de un abogado del turno de oficio, (...), pues el art. 6.3 c), como subraya el TEDH, no habla de «nombramiento» sino de «asistencia», (...), de donde se infiere que lo que el Convenio dispone es que el acusado tiene derecho a gozar de una asistencia técnica efectiva, ya que si se interpreta el texto del 6.3 c) de una manera formal y restrictiva la asistencia judicial gratuita tendría el riesgo de relevarse como una palabra vacía en más de una ocasión.*”

legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el juzgado o tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso.

- Inserción gratuita de anuncios o edictos, en el curso del proceso, que preceptivamente deban publicarse en periódicos oficiales.
- Exención del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos.
- Asistencia pericial gratuita en el proceso.
- Obtención gratuita de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales, en los términos previstos en el art. 130 del Reglamento Notarial.
- Reducción del 80% de los derechos arancelarios que correspondan por el otorgamiento de escrituras públicas y por la obtención de copias y testimonios notariales no contemplados en el número anterior, así como notas, certificaciones, anotaciones, asientos e inscripciones en los Registros de la Propiedad y Mercantil, cuando tengan relación directa con el proceso y sean requeridos por el órgano judicial en el curso del mismo, o sirvan para la fundamentación de la pretensión del beneficiario de la justicia gratuita. Con la excepción de que tales derechos arancelarios no se percibirán cuando el interesado acredite ingresos por debajo del salario mínimo interprofesional.

#### **4. La obligatoriedad del ejercicio del derecho a la asistencia letrada.**

Como anteriormente pusimos de manifiesto, el derecho a la asistencia letrada, junto al carácter de derecho fundamental que asiste a las partes procesales, puede constituir también una exigencia estructural del proceso y una garantía del correcto desenvolvimiento del mismo (STC 38/2003, de 27 febrero (F. J. 5º))<sup>216</sup>.

El ordenamiento jurídico español establece la obligatoriedad del derecho a la asistencia y defensa letrada en los procesos penales por delitos. Informa el art. 118 LEcrim sobre tal extremo, pues para ejercitar el derecho de defensa las personas interesadas deberán ser representadas por procurador y defendidas por letrado, procediéndose a la designación de oficio en los casos anteriormente expuestos, es decir, cuando:

---

<sup>216</sup> Véase, STC 174/2009, de 16 julio, (F. J. 2º) en juicio verbal sobre alimentos y custodia de menor.

- no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren
- no tuvieran aptitud legal para verificarlo.
- la causa llegase a un estado en que se necesite el consejo de abogado y procurador o bien se haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación.

¿Y a partir de qué momento deviene obligatorio ejercitar el derecho a la defensa y asistencia letrada? Podremos afirmar que la determinación de la preceptividad en la asistencia y defensa letrada no presenta vocación de continuidad, sino que se predicará en función del estadio en que nos encontremos y del tipo de actuación a practicar. Situándonos en fase de instrucción, procederemos a considerar en qué sentido se articula el referido derecho respecto de la práctica de diversas diligencias de investigación, así como, la situación que se produce en diferentes momentos procesales y en función de los diversos sujetos que concurren en el proceso penal.

a) Diligencias de investigación.

Mientras para la práctica de una determinada diligencia de investigación se precisa de letrado, en otras, sin embargo, no será necesario disponer del mismo. Será en los momentos de máxima tensión para con las posiciones defensivas del sujeto pasivo del asunto penal de que se trate cuando se establezca dicha obligatoriedad.

De esta forma, encontramos diligencias de investigación que, aun afectando derechos fundamentales, no permiten contradicción inmediata, posponiéndose la efectividad del derecho a la asistencia letrada a tal respecto. Por ejemplo, la diligencia de observación de las comunicaciones privadas donde el sujeto investigado tomará conocimiento tanto de la propia diligencia de investigación como de los resultados obtenidos con la misma, en un momento posterior a su práctica. Y una vez que esto se produzca, se podrá servir de su letrado al objeto de impugnar la legitimidad de la medida en varios momentos procesales. Por ejemplo, a través del sistema de recursos previsto en los arts. 216 y ss y 766, todos de la Ley Procesal Penal, en el propio escrito de defensa, o bien en los términos del art. 786 LEcrim.

En segundo lugar, y en directa conexión con el derecho a no declarar, la asistencia letrada deviene preceptiva a la hora de prestar declaración o bien en las diligencias de

determinación de identidad. El art. 17.3 CE dijimos garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca. En desarrollo de lo anterior, el estatuto básico del detenido o preso no incomunicado, por cuanto, se reconoce el derecho a designar abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto (art. 520.2.c) LEcrim)<sup>217</sup>. Aunque, en principio, no resulta concluyente respecto de la obligatoriedad, reconociendo el derecho a designar, y en cuanto tal, el derecho a no designar, posteriormente enfatiza: si la designación no se produce por tales medios se procederá a realizar la misma de oficio. Y en tal sentido, se reconoce obligatoriedad a la asistencia. Si bien, ésta podrá ser y podrá no ser, pues así se debiera desarrollar la actuación del letrado, como efectiva asistencia y no como mera presencia convalidante de las actuaciones del funcionario de turno.

De esta forma, hemos advertido la obligatoriedad de la presencia y asistencia letrada, en cuanto actuación conlleve declaración o reconocimiento de identidad del sujeto detenido o preso. Un breve inciso respecto de la determinación del perfil genético del sujeto sometido a examen, a través del art. 363 LEcrim:

*“Los juzgados y tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia.*

*Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.”*

---

<sup>217</sup> A pesar de que el citado artículo utilice el verbo asistir en cuanto a la mera presencia del letrado, asistir a la diligencia, no asistir respecto de la diligencia, la consideración del art. 17.3 CE, permite detraer diferente conclusión, por cuanto la asistencia se brinda al detenido en el momento temporal citado, es decir, la diligencia.

En nuestra opinión, sin que se adviertan justificadas razones de urgencia, el sujeto que habrá de soportar la realización de tales actuaciones debería estar asistido de letrado al objeto de recibir el oportuno asesoramiento sobre las consecuencias procesales del referido examen genético. Aun cuando la necesaria información sobre la realización y el fin de la determinación del perfil genético sea suministrada por tercera persona, a modo de consentimiento informado, entendemos que los anteriores extremos debieran poder ser comunicados por quien dispone la defensa letrada del sujeto cuyo examen se pretende. Y más aún, durante el tiempo en que se practiquen, debiendo consignarse la firma del letrado en la documentación en que se incorpore la recogida de los efectos oportunos, en los términos previstos para la determinación de identidades<sup>218</sup>. Se debe tener presente que la determinación del ADN de un sujeto, a pesar de afectar diversos

---

<sup>218</sup> Para DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, «Exámenes radiológicos, extracciones y análisis de aliento, orina, sangre, pelos, uñas y otros tejidos humanos», en *El proceso penal*, ob. cit., (ref. de 28 de agosto de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), el consentimiento del sujeto afectado por la medida ha de ser libremente prestado y consciente de sus efectos, lo que se garantiza además con la asistencia de abogado, pues en otro caso se podría tratar de un consentimiento viciado que haría la prueba ineficaz o nula. Asimismo, rechaza la posibilidad del uso de la vis compulsiva en los casos en que el sujeto cuyo perfil genético se valora, se niegue a someterse a su práctica. A favor del empleo de métodos coercitivos en tales supuestos se pronuncia MUÑOZ CUESTA, *Obtención de muestras del inculcado contra su voluntad*, 2006, (ref. de 20 de enero de 2012), disponible en Web: [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es). Entre las más recientes, la STS de 7 julio de 2010 (F. J. 2º): “Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras. En estos casos, si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada. Esta garantía no será exigible, aun detenido, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado. En aquellas ocasiones en que la policía no cuente con la colaboración del acusado o éste niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial. Esta resolución habilitante no podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal, sometida a una reserva legal explícita -hoy por hoy, inexistente- que legitime la intervención, sin que pueda entenderse que la cláusula abierta prevista en el art. 549.1.c) de la LOPJ colma la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectados.”

derechos fundamentales, se refiere, en primer lugar, a su identidad genética<sup>219</sup>, y por ende, debe procurarse dar efectividad a la asistencia de letrado<sup>220</sup>.

Por último, encontramos diligencias de investigación donde no se establece la obligatoriedad de disponer de asistencia letrada<sup>221</sup>, o bien situaciones donde razones de urgencia permiten excepcionar determinadas actuaciones.

Diligencias de investigación, como la inspección ocular (arts. 326 a 333 LEcrim)<sup>222</sup>, no precisan de letrado en el momento de proceder a su realización. De esta forma, art. 333 LEcrim:

---

<sup>219</sup> ETXEBERRIA GURIDI, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 190 y 61. Asimismo, SOLETO MUÑOZ, *La identificación del imputado: rueda, fotos, ADN, ... de los métodos basados en la percepción de la prueba científica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 102 y ss. Asimismo, IGLESIAS CANLE, *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Colex, Madrid, 2003.

<sup>220</sup> Para GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 359, la justificación a esta presencia de la defensa viene dada por la mayor garantía que ello supone para la posición del inculpado en cuanto toma conocimiento directo de los procesos y resultados y puede sobre la marcha hacer las observaciones y sugerencias que crean oportunas, pedir la repetición de los análisis si es posible, solicitar la aplicación de otras técnicas, etc. Claro que ello supone también la posibilidad de un control inmediato y directo sobre las operaciones, pero debe pesar más la consideración de mejorar en lo posible el ejercicio del derecho de defensa. Y por ello, en el marco del equilibrio citado antes, puede haber casos en los que una presencia directa del inculpado o de su abogado no es posible, por ejemplo por razón de la complejidad de la técnica a aplicar o por su peligrosidad, etc., lo que no debe por sí hacer desconfiar de los resultados obtenidos sino a establecer los mecanismos que permitan la mejor activación posible del derecho de defensa. Y todo ello, siempre en el contexto del equilibrio general que debe perseguir el proceso penal entre las garantías y derechos del acusado, los derechos de las víctimas y el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

<sup>221</sup> Ahora bien, el hecho de poder comparecer personalmente ante un juez o Tribunal para la realización de determinados actos procesales en los que no se exige como presupuesto de su validez la asistencia letrada, no impide el ejercicio del derecho de asistencia letrada, incluso la procedencia de nombramiento de abogado de oficio cuando así se solicite y ello resulte necesario. A tal efecto, STC 188/1991, de 3 de octubre, (F. J. 2º).



*“Cuando al practicarse las diligencias enumeradas en los artículos anteriores hubiese alguna persona declarada procesada como presunta autora del hecho punible, podrá presenciarlas ya sola, ya asistida del defensor que eligiese o le fuese nombrado de oficio, si así lo solicitara; uno y otro podrán hacer en el acto las observaciones que estimen pertinentes, las cuales se consignarán por diligencia si no fuesen aceptadas.*

*Al efecto el Secretario judicial pondrá en conocimiento del procesado el acuerdo relativo a la práctica de la diligencia con la anticipación que permita su índole y no se suspenderá por la falta de comparecencia del procesado o de su defensor. Igual derecho asiste a quien se halle privado de libertad en razón de estas diligencias.”*

En parecidos términos, en cuanto a las diligencia de entrada y de registro (arts. 545 y ss. LEcrim). El Tribunal Supremo ha venido entendiendo que en tales casos la presencia de letrado no resulta preceptiva. Y ello, con independencia de las causas que facultan su realización<sup>223</sup>. Sin embargo, tratándose de sujeto privado de libertad, de quien pretende recabarse consentimiento habilitante, habrá de mediar preceptiva asistencia de letrado al respecto; tal manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar, inequívocamente, a su derecho a la inviolabilidad domiciliaria y también a su derecho de defensa, para lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto de

---

<sup>222</sup> Entiende GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, ob. cit., pp. 356 y 357, que la presencia del imputado en la realización de las diligencias de instrucción es una idea presente en nuestra LEcrim aunque sea de un modo disperso y no como regla general enunciada. Así, cabe citar el artículo 333, (...) conforme al cual si al tiempo de celebrarse la inspección ocular hay persona inculpada, detenida o presa, debe citársele con la antelación suficiente para que pueda asistir al acto de la inspección ya sola, ya acompañada de letrado de confianza o nombrado de oficio que se le proporcione. Lógicamente habrá que adoptar las precauciones necesarias para evitar que esta presencia frustre o entorpezca la finalidad de la diligencia, pero esa presencia debe posibilitarse. Si no se da que sea por elección voluntaria o por caso fortuito o fuerza mayor, lo cual no impedirá que se lleve a cabo el acto, como señala el mismo precepto. Esta presencia es independiente de cualquier consideración en orden a la futura disponibilidad o no disponibilidad. Sencillamente hay que posibilitarla efectivamente.

<sup>223</sup> SSTs de 6 julio de 2000 (F. J. 3º) y de 14 noviembre de 2001 (F. J. 1º), entre otras.

naturaleza procesal que realiza. Por tanto, si el titular está detenido, su consentimiento no será válido de carecer, al concederlo, de asistencia letrada<sup>224</sup>.

Claro que mediando resolución judicial autorizante, notificada al titular presente en la diligencia, se ha entendido que tornaría irrelevante tanto la falta de consentimiento de éste como la no asistencia de letrado<sup>225</sup>. En nuestra opinión, coincidimos en reputar necesaria la asistencia de letrado en la prestación del consentimiento habilitante del sujeto detenido. En un primer momento, el letrado podrá ilustrar a su defendido, en los términos anteriormente expuestos, de las consecuencias de su asentimiento. Y este asesoramiento con razón se podría insertar en el propio art. 520 LEcrim.

No obstante, entendemos que la garantía de asistencia letrada debería extenderse hasta la propia práctica del registro. Y ello por las siguientes razones. Si es posible poner en conocimiento del sujeto investigado las actuaciones que se pretenden desarrollar, (donde cabría considerar las razones de urgencia o de otra índole que aconsejen la ausencia de publicidad), ordenándose por parte de la autoridad judicial que concurra al registro, y aquí juega un importante papel el art. 569 LEcrim, previamente se habrá podido asegurar, en cierta medida, el éxito de la investigación. La urgencia de la actuación debiera haber decaído. Cuestión distinta serán los resultados que se obtengan.

Asimismo, se habrá tenido ocasión de poner en conocimiento del referido sujeto el derecho a disponer de la asistencia de letrado durante la práctica del oportuno

---

<sup>224</sup> STS de 29 abril de 2011 (F. J. 9º) “*si el que va a conceder el consentimiento se encuentra detenido, no puede válidamente prestar tal consentimiento si no es con asistencia de Letrado, lo que así se hará constar por diligencia policial.*”

<sup>225</sup> STS de 14 marzo de 2006 (F. J. 2º): “*la presencia de un Letrado en la entrada y registro no es, una exigencia derivada de la Ley Procesal Penal, que no regula ese derecho pues no hay norma alguna que establezca esa asistencia en los registros domiciliarios, ni es una exigencia constitucional en la medida que los derechos fundamentales en juego aparecen protegidos con la disciplina de garantía que para la diligencia previene la Ley Procesal Penal. El art. 520 LEcrim que regula la asistencia letrada al detenido, exige la asistencia de Letrado en las diligencias de carácter personal, como reconocimiento de identidad y declaraciones de aquél, pero sin referencia alguna a la entrada y registro, lo que si es necesario, asimismo, según reiterada doctrina de esta Sala (...) cuando se procede a un registro domiciliario y el afectado por tal diligencia se halle detenido, es que en ese registro se encuentre presente el propio imputado. No cabe proceder al mencionado registro dejando al detenido en las dependencias policiales.*”

registro<sup>226</sup>. Entonces, ¿qué impide personar al letrado que asiste a dicho sujeto en el acto de entrada y posterior registro? En condiciones normales no deberían presentarse mayores obstáculos. Si dada la situación, resulta posible contar con la presencia física del sujeto pasivo, no olvidemos privado de libertad, en el lugar donde se va a proceder a la entrada y al registro, resulta preferible contar con la inmediata asistencia de letrado en las actuaciones. Sencillamente, al objeto de brindar oportuna protección a los derechos del sujeto privado de libertad. Y si resultase preciso, conectarlo con el citado art. 520 LEcrim, pues a nadie se le escapa la posibilidad de interpelar a dicho sujeto para que preste algún tipo de declaración sobre los resultados que se vayan obteniendo *in situ*.

De esta forma, la preceptiva asistencia de letrado, excepcionable cuando acreditadas razones lo justificasen, coadyuvaría a garantizar los derechos del sujeto cuyas dependencias se someten a examen, así como la adecuación de tales actuaciones al propio ordenamiento jurídico, validando el letrado con su firma, los términos de su práctica<sup>227</sup>.

Otro de los ejemplos que proponemos, las prevenciones respecto de la declaración de testigos, donde al objeto de garantizar la necesaria contradicción respecto de la declaración testifical, el secretario judicial hará saber al reo que nombre abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo (art. 448 LEcrim). Si bien, en caso de inminente peligro de muerte del testigo, se procederá con toda urgencia a recibirle declaración aunque el procesado no pudiese ser asistido de Letrado (art. 449 LEcrim).

---

<sup>226</sup> STS de 30 octubre de 1992 (F. J. 2º): “*es de destacar también que la situación de detención en que se hallaba la acusada hubiera exigido que se la informara de la posibilidad de ser asistida por letrado durante la práctica de la diligencia de registro (art. 118 LECRIM). Además también el TS ha considerado que aunque no se mencione expresamente tal derecho en el art. 520 LECRIM, éste no contiene una enumeración cerrada, sino que debe entenderse incluido tal derecho a efectos de información.*”

<sup>227</sup> Éstas y otras cuestiones referentes al derecho a la inviolabilidad domiciliaria serán debidamente consideradas con ocasión del desarrollo del Capítulo IV de la presente obra.

b) Según el estadio procesal en que nos encontremos.

En cuanto a la situación que se produce en los diferentes momentos por los que puede atravesar la fase investigadora, podremos advertir ciertas diferencias en función del tipo de procedimiento ante el que nos encontremos. En unos casos, la determinación del carácter preceptivo del derecho que tratamos se advierte con facilidad, mientras en otros casos, será por remisión a otros preceptos que se podrá sostener dicho carácter.

Así, la regulación del auto de procesamiento: el procesado podrá, desde el momento de serlo, aconsejarse de letrado y valerse de él, bien para instar la pronta terminación del sumario, bien para solicitar la práctica de diligencias que le interesen, así como para formular las pretensiones que afecten a su situación (art. 384 LEcrim). En el ámbito del procedimiento abreviado, el art. 767 LEcrim prescribe la necesidad de disponer de la asistencia de abogado, desde el momento de la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada. Claro que el precepto detalla la necesidad no la obligatoriedad de ejercitar el derecho, sin embargo, resultaría sensato entender la preceptiva asistencia letrada desde el momento mencionado<sup>228</sup>.

En cualquier caso, se tramite a través de uno u otro procedimiento, la regulación de la audiencia prevista en el art. 505 LEcrim, donde se requiere al imputado estar asistido de letrado, bien de confianza, bien designado de oficio. Y la referida designación habrá de

---

<sup>228</sup> GIMENO SENDRA, *Los nuevos juicios rápidos y de faltas: (con doctrina, jurisprudencia y formularios)*, (con López Coig), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 65, donde sostiene que mediante la regulación del art. 767 LEcrim el Legislador se ha hecho eco de la doctrina del Tribunal Constitucional que venía estableciendo que el derecho de defensa está ligado a la existencia de la imputación. Así, STC 118/2001, de 21 de mayo (F. J. 2º): “La imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues, estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 LEcrim), se frustra aquel derecho fundamental cuando el juez de Instrucción retrasa arbitrariamente su puesta en conocimiento. En este sentido, hemos declarado reiteradamente que, admitida una denuncia e incoado el procedimiento contra una persona por determinado delito, no cabe en modo alguno que el órgano judicial omita que esa imputación sea conocida por el interesado ni clausurar la instrucción sin haberle ilustrado de sus derechos y sin siquiera haberle oído en dicha condición de imputado. Y, por tanto, establecida la verosimilitud de la imputación de un hecho punible contra persona determinada, el juez deberá considerarla imputada para permitir su defensa y una equilibrada contradicción, sin que la investigación sumarial pueda efectuarse a sus espaldas.” A salvo las oportunas salvedades anteriormente expuestas en el epígrafe referente al nacimiento del derecho de defensa.

realizarse, pues si el imputado no la dispone, se procederá de oficio. En conexión con lo dispuesto en el art. 763 LEcrim:

*“El juez o tribunal podrá acordar la detención o cualesquiera medidas privativas de libertad o restrictivas de derechos en los casos en que procedan conforme a las reglas generales de esta Ley. Las actuaciones que motiven la aplicación de estas medidas se contendrán en pieza separada.”*

Sin embargo, aun en procedimiento ordinario, se reconoce el derecho a designar abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto (art. 520.2 c) LEcrim), puesto que para ejercitar el derecho de defensa, las personas interesadas deberán ser representadas por procurador y defendidas por letrado, en los términos anteriormente expuestos (art. 118 LEcrim). A modo de conclusión, la asistencia letrada deviene preceptiva desde el momento recién citado, si bien, no se exige la intervención de letrado en todos y cada uno de los actos que conforman la instrucción penal<sup>229</sup>. Una vez concluida la instrucción, la obligatoriedad de la asistencia letrada se nos presenta del siguiente modo: se establece el carácter preceptivo de la asistencia de abogado defensor desde el inicio de las sesiones del juicio oral (arts. 652 y 786 ambos LEcrim).

Vistos los anteriores parámetros, las normas que disciplinan el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos disponen la obligatoriedad de designación de abogado al objeto de comparecer ante el Juzgado de guardia correspondiente. La obligatoria designación incumbe tanto al imputado no detenido, como al sujeto imputado y que se encuentra en situación de privación de libertad (art. 796.1.2). Si los anteriores sujetos no procedieran al nombramiento de un letrado de libre elección, la policía judicial recabará del Colegio de abogados oportuno la designación

---

<sup>229</sup> STC 206/1991, de 30 de diciembre (F. J. 2º): “ciertamente, la Constitución no prohíbe, sino, antes al contrario, garantiza la asistencia del Abogado (arts. 17.3 y 24) en todas las diligencias policiales y judiciales, (...); pero de dicha exigencia no se deriva la necesaria e ineludible asistencia del defensor a todos y cada uno de los actos instructorios. En la práctica, este Tribunal tan sólo ha tenido ocasión de reclamar dicha intervención en la detención y en la prueba sumarial anticipada, actos procesales en los que, bien sea por requerirlo así expresamente la Constitución, bien por la necesidad de dar cumplimiento efectivo a la presunción de inocencia, el ordenamiento procesal ha de garantizar la contradicción entre las partes.”

de oficio. Para el hipotético caso de no haberse efectuado designación alguna, habrá de ser el propio órgano judicial que conoce del asunto quien requiera al Colegio profesional correspondiente para que se proceda a la inmediata designación y personación del letrado de oficio.

En cualquier caso, se trate de un letrado de libre elección o bien designado de oficio, tendrá habilitación legal para la representación de su defendido en todas las actuaciones que se verifiquen ante el juez de guardia. De esta forma, y para garantizar el ejercicio del derecho de defensa, una vez incoadas diligencias urgentes, el órgano judicial dispondrá que se le dé traslado de copia del atestado y de cuantas actuaciones se hayan realizado o se realicen en el Juzgado de guardia (art. 797.3 LEcrim).

Respecto del procedimiento ante el Tribunal del Jurado debemos acudir al citado art. 25 LOTJ, respecto de la asistencia letrada obligatoria desde el momento del traslado de cargos a presencia jurisdiccional.

c) Otros sujetos procesales.

Lo hasta ahora expuesto hacía referencia al sujeto pasivo de un proceso penal en curso, o bien, al sujeto que dentro de la fase instructora, resulta sometido a investigación. Y de tal forma hemos considerado al sujeto en cuanto persona física.

Respecto de las personas jurídicas, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, vinieron a asentar las bases sobre la responsabilidad penal de las mismas. Parece que, incomprensiblemente, *societas delinquere potest*, y asimismo realizar todas las actuaciones procesal que dicha manifestación conlleva.

Así, se traen a colación el art. 119 de la Ley Procesal Penal<sup>230</sup>:

*“1. Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 118 de esta Ley, haya de procederse a la imputación de una persona jurídica, se practicará con ésta la comparecencia prevista en el artículo 775, con las siguientes particularidades:*

---

<sup>230</sup> Asimismo, los arts. 120, 409 bis y 786 bis, todos ellos conforme a la nueva regulación que de la materia incluye la citada Ley 37/2011, en la Ley Rituarial.

*a. La citación se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de un representante, así como Abogado y Procurador para ese procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos. La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el Abogado y Procurador designado.*

*b. La comparecencia se practicará con el representante especialmente designado de la persona jurídica imputada acompañada del Abogado de la misma. La inasistencia al acto de dicho representante determinará la práctica del mismo con el Abogado de la entidad.*

*c. El juez informará al representante de la persona jurídica imputada o, en su caso, al Abogado, de los hechos que se imputan a ésta. Esta información se facilitará por escrito o mediante entrega de una copia de la denuncia o querella presentada.*

*d. La designación del Procurador sustituirá a la indicación del domicilio a efectos de notificaciones, practicándose con el Procurador designado todos los actos de comunicación posteriores, incluidos aquellos a los que esta Ley asigna carácter personal. Si el Procurador ha sido nombrado de oficio se comunicará su identidad a la persona jurídica imputada.”*

Resta detenernos en la vertiente opuesta, aquellos sujetos procesales que representan la parte activa del proceso penal, para quienes la preceptiva asistencia letrada se predica desde el primer momento en que se pretende ejercitar la acción penal, puesto que la querella se presentará siempre por medio de procurador, con poder bastante, y suscrita por letrado (art. 277 LEcrim).

d) La suspensión de las actuaciones por falta de asistencia letrada.

Respecto del estado en que quedan las actuaciones tras la solicitud de asistencia letrada de oficio, la regla general informa que la solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita no suspenderá el curso del proceso. No obstante, a fin de evitar que el transcurso de los plazos pueda provocar la preclusión de un trámite o generar indefensión, el juez, de oficio o a instancia de parte, podrá decretar la

suspensión hasta que se resuelva sobre el derecho de asistencia gratuita, o bien proceder a la designación provisional de abogado y procurador si su intervención fuera preceptiva o requerida en interés de la Justicia. Todo lo anterior, siempre que la solicitud del derecho se hubiera formulado en los plazos establecidos en las leyes procesales (art. 16 LAJG).

De forma similar a como ya expusimos anteriormente, el Tribunal Constitucional ha atendido a la efectividad del derecho generosamente, al conectar, el derecho a la tutela judicial efectiva con el derecho a disponer de asistencia letrada de oficio<sup>231</sup>. La reciente STC 141/2011, de 26 septiembre (F. J. 4º) establece que: *“la exigencia de que los litigantes actúen con asistencia de abogado y representados por un procurador impone a los poderes públicos garantizar su efectiva designación al que carece de medios económicos, con la consecuencia de que los órganos judiciales tienen obligación de suspender el curso del pleito en caso de solicitud de justicia gratuita, hasta tanto no le sea nombrado al litigante que carece de recursos económicos o que se ve en la imposibilidad de contar con un letrado de su elección, un abogado del turno de oficio que asuma su defensa técnica en el proceso, y que si no lo hacen vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva de quien formuló la solicitud.”* Claro que, sin que ello implique necesariamente que siempre que se solicite un letrado de oficio sea obligatorio proceder a su nombramiento, puesto que el derecho a la defensa y asistencia letrada debe compatibilizarse también con el derecho de la parte contraria a un proceso sin dilaciones indebidas. (STC 92/1996, de 27 mayo (F. J. 3º)).

Asimismo, desde la perspectiva del derecho a la defensa y asistencia letrada del art. 24.2 CE, se pronuncia la STC 105/1996, de 11 junio (F. J. 2º): *“para la efectividad del derecho a la defensa y asistencia letrada que se reconoce en el art. 24.2 CE, los órganos judiciales deben, en principio, acordar la suspensión del curso del procedimiento hasta tanto no le sea nombrado al litigante que carece de recursos*

---

<sup>231</sup> STC 219/2003, de 15 diciembre (F. J.2º): *“la interpretación del art. 16 LAJG, así como, en general, del conjunto del articulado de esta norma legal, debe venir guiada por la finalidad proclamada expresamente por la propia Exposición de Motivos de la misma de garantizar a todos los ciudadanos, con independencia de cuál sea su situación económica, el acceso a la Justicia en condiciones de igualdad, impidiendo cualquier desequilibrio en la efectividad de las garantías procesales garantizadas constitucionalmente en el art. 24 CE que pudiera provocar indefensión, y, en particular, permitiéndoles disponer de los plazos procesales en su integridad.”*



*económicos o que se ve en la imposibilidad de contar con un letrado de su elección, un abogado del turno de oficio que asuma su defensa técnica en el proceso.”*

e) La renuncia a la asistencia letrada.

A colación de la STC 37/1988, de 3 marzo (F. J. 6º), se garantizan, entre otros, tres derechos al acusado: a defenderse por sí mismo, a defenderse mediante asistencia letrada de su elección y, en determinadas condiciones, a recibir asistencia letrada gratuita (caso Pakelli, STEDH de 25 de abril de 1983). Sin que, como pusimos de manifiesto, la opción en favor de una de esas tres posibles formas de defensa implique la renuncia o la imposibilidad de ejercer alguna de las otras. De esta forma, que la intervención de abogado no resulte preceptiva en determinados procedimientos no obliga a las partes a actuar personalmente, sino que les faculta para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica, quedando por consiguiente incólume, en tales casos, el mencionado derecho cuyo ejercicio se deja a la libre disposición de las partes (STC 208/1992, de 30 de noviembre (F. J. 1º)).

Dicho lo anterior, tres situaciones en las que el ordenamiento jurídico permite renunciar a la asistencia letrada<sup>232</sup>.

La primera excepción la encontramos en el art. 520.4 LECrim:

*“Si transcurrido el plazo de ocho horas de la comunicación realizada al Colegio de Abogados, no compareciese injustificadamente Letrado alguno en el lugar donde el detenido o preso se encuentre, podrá procederse a la práctica de la declaración o del reconocimiento de aquél, si lo consintiere, sin perjuicio de las responsabilidades contraídas en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte de los abogados designados.”*

Como afirma DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, el fundamento de tal renuncia a la asistencia de letrado se encuentra en la conveniencia de no paralizar la investigación, ni prolongar la situación de la detención más allá de lo estrictamente necesario y por causas ajenas al órgano investigador y al mismo privado de libertad. Así, resulta de vital

---

<sup>232</sup> Sostiene ALMAGRO, *Constitución y proceso*, ob. cit. p. 109, que no basta con reconocer el derecho de defensa formal, sino que es necesario imponerla como obligatoria, y solo por vía excepcional y para infracciones de escasa entidad, podría autorizarse la defensa facultativa.

importancia que el asentimiento del detenido sea expreso y se haga constar por diligencia en el procedimiento o atestado<sup>233</sup>.

La segunda excepción, respecto de los juicios de faltas, donde la asistencia letrada no será preceptiva (art. 967 LEcrim)<sup>234</sup>. Y una tercera excepción, en los procesos por delitos contra la seguridad del tráfico (art. 520.5 LEcrim) donde el sujeto pasivo del proceso penal podrá renunciar a la preceptiva asistencia de letrado.

Todo lo anterior, evidentemente, significa renunciar a una de las formas en que se instrumentaliza el derecho de defensa, pero no al derecho en sí. Como acabamos de exponer, el carácter no preceptivo de la intervención del abogado permite elegir entre la autodefensa o la defensa técnica<sup>235</sup>. Pero cuando se opte también por la segunda, recabándose la asistencia pública de oficio (cuyo carácter público prestacional no debemos olvidar), el órgano judicial ante quien se realiza dicha solicitud decidirá sobre su pertinencia, ponderando si los intereses de la justicia requieren tales extremos. Dicho juicio de pertinencia atenderá a las concretas circunstancias del caso, con especial atención a la mayor o menor complejidad del debate procesal, a la cultura y conocimientos jurídicos del solicitante y a si la contraparte cuenta con una asistencia letrada de la que pueda deducirse una situación de desigualdad procesal (STC 65/2007, de 27 marzo (F. J. 4º)).

En cualquier caso, se exige que el interesado solicite formalmente ante el órgano judicial la designación de letrado de oficio (STC 160/2009, de 29 junio (F. J. 4º)), para lo cual entendemos, debe ser instruido de tales posibilidades.

## **5. La autodefensa.**

Para realizar una primera aproximación al concepto de autodefensa, la STC 29/1995, de 6 febrero (F. J. 3º) vinculó, indudablemente, la autodefensa con el contenido del art. 24.2 CE, al disponer que el derecho a la defensa privada o derecho a defenderse por sí

---

<sup>233</sup> DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, «El Estatuto del detenido preventivamente», en *El proceso penal*, ob. cit., (ref. de 19 de diciembre de 2011), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

<sup>234</sup> Crítico con dicha excepción se muestra RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Criminal*, ob. cit. p. 128.

<sup>235</sup> Al respecto, DE LA OLIVA SANTOS, «Proceso y Derechos Fundamentales», *Derecho procesal: Introducción*, ob. cit., p. 450, afirma que cuando la defensa letrada no se impone legalmente, el derecho fundamental también existe y se viola si se impide u obstaculiza gravemente la eficacia de la voluntad de designar, eligiéndolo libremente, un abogado.

mismo, aun en el contexto de una cultura jurídica como la nuestra, caracterizada por el predominio de la defensa letrada, forma parte, ciertamente, del derecho más genérico, reconocido en el art. 24.2 CE. El propio TEDH, en la antes mencionada resolución, Caso Pakelli, al objeto de definir el contenido del art. 6.3 c) CEDH<sup>236</sup>, afirmó que dicho precepto garantiza tres derechos al acusado, entre los cuales encontramos el derecho a defenderse por sí mismo. Podemos afirmar entonces que la autodefensa se define como el derecho a defenderse por sí mismo, y en tal sentido, consiste en la intervención directa y personal del imputado en el proceso, realizando actividades encaminadas a preservar su libertad: impedir la condena u obtener la mínima sanción penal posible<sup>237</sup>.

En cuanto a su contenido, resultará del desarrollo más o menos significativo que se contenga en la Ley Procesal correspondiente. La autodefensa se ejerce, como afirma GÓMEZ COLOMER, participando en los actos procesales, presentando escritos o utilizando medios impugnatorios y aportando las afirmaciones y pruebas de descargo que rebatan la tesis de la acusación<sup>238</sup>. Con las únicas limitaciones que la Ley Procesal Penal establezca<sup>239</sup>. Que no son pocas, dado el carácter residual de las fórmulas

---

<sup>236</sup> Todo acusado tiene derecho a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.

<sup>237</sup> MORENO CATENA, «El derecho de defensa», en *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 147. Asimismo, GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho Procesal Penal*, ob. cit., pp. 133 y 134.

<sup>238</sup> GÓMEZ COLOMER, «El juicio oral», en *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, ob. cit. p. 272. En tal sentido la STC 29/1995, de 6 febrero (F. J. 3º) entendió que “el derecho a defenderse por sí mismo no se agota, aun comprendiéndolo en determinados supuestos, en su dimensión de derecho alternativo al derecho a la asistencia técnica, sino que posee siempre un contenido propio, relativamente autónomo, en cuanto expresión del carácter, en cierto modo, dual de la defensa penal, integrada normalmente por la concurrencia de dos sujetos procesales, el imputado y su Abogado defensor, con independencia del desigual protagonismo de ambos.” Asimismo la STC 91/2000, de 30 marzo (F. J. 13º): “el derecho del acusado a defenderse comporta el de poder dirigir realmente su defensa, dar instrucciones a sus Abogados, interrogar a los testigos y ejercer las demás facultades que le son inherentes.”

<sup>239</sup> Como afirma GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 134, nuestro ordenamiento procesal no permite la autodefensa total y plena del imputado, de tal suerte que pueda, por sí mismo y sin abogado, defenderse en un juicio (lo que contravendría el principio material de igualdad, al enfrentarse con una parte jurídicamente cualificada, como lo es el Ministerio Fiscal), sino que es limitada a determinados actos procesales. Asimismo, GÓMEZ COLOMER, «El juicio oral», en *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, ob. cit. p. 272, la autodefensa únicamente es admisible en los casos permitidos por la Ley. Fuera de éstos, la defensa es técnica y, por tanto, el propio acusado no puede defenderse a sí mismo.

autodefensivas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se potencia extraordinariamente la intervención del abogado<sup>240</sup>.

Como ejemplos, los siguientes preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prescriben formulas autodefensivas:

- Art. 58, relativo a la posibilidad de proponer, verbalmente, la recusación del juez instructor por el procesado que se encuentra en situación de incomunicación.
- Art. 302, donde se regula la asistencia personal a la diligencia de investigación.
- Art. 333, el procesado podrá asistir, personalmente, y sin asistencia letrada a la diligencia de inspección ocular, realizando al efecto las observaciones que estimen pertinentes. Asimismo, respecto de la diligencia de reconocimiento pericial del cuerpo del delito regulada en el art. 336.
- Art. 368, sobre solicitud de identificación.
- Art. 396, donde el procesado podrá manifestar cuanto tenga por conveniente para su exculpación o para la explicación de los hechos pudiendo declarar cuantas veces quisiera, por mor del art. 400 y el juez le recibirá inmediatamente la declaración si tuviere relación con la causa.
- Art. 501, derecho que asiste al procesado para pedir, de palabra o por escrito, la reposición del Auto.
- Art. 655, en materia de conformidad penal.
- Art. 689, en materia de confesión.
- Art. 739, sobre el derecho a la última palabra.
- Art. 969.1 sobre la no preceptividad de asistencia letrada en el juicio de faltas.

Como podemos observar, en contraposición al derecho a la defensa letrada, que podrá constituirse como principio estructural del propio proceso<sup>241</sup>, y en cuanto tal, de obligada significación dado su carácter generalmente preceptivo, el derecho a la autodefensa, resulta de todo punto de libre disposición, renunciable y ejercitable en la

---

<sup>240</sup> MORENO CATENA, «El derecho de defensa», en *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 147.

<sup>241</sup> STC 233/1998, de 1 diciembre (F. J. 3º): “*la intervención de Letrado en los procesos judiciales es, en ocasiones, una exigencia estructural de su propio desarrollo (...), que se convierte en requisito procesal en garantía de los intereses de la justicia, a fin de satisfacer el fin común a toda asistencia letrada.*”

medida que el sujeto titular del mismo, sujeto pasivo de un determinado proceso penal, determine<sup>242</sup>.

Dicho lo anterior, vale la pena detenerse en el derecho a la última palabra. Como ya dijera ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, hermana menor de esa autodefensa en juicio es el derecho que a las partes suele concederse para que al final de los debates en audiencia hagan las manifestaciones o aclaraciones, complementarias de las de su abogado, conducentes a su defensa<sup>243</sup>. El Tribunal Constitucional ha convenido otorgar un contenido razonablemente amplio al citado derecho, y como muestra la STC 258/2007, de 18 diciembre (F. J. 2º) dispone que el art. 739 LEcrim *“ofrece al acusado el derecho a la última palabra, por sí mismo, no como una mera formalidad, sino por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa que tiene todo acusado al que se brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de sus coimputados o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera. (...) La viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio.”*

---

<sup>242</sup> En tal sentido, GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 134. Asimismo, STC 29/1995, de 6 febrero (F. J. 4º), *“el contenido del derecho a defenderse por sí mismo no se extiende a la facultad de prescindir de la preceptiva defensa técnica.”*

<sup>243</sup> ALCALÁ- ZAMORA y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa: (contribución al estudio de los fines del proceso)*, ob. cit., pp. 176 y 177. Previamente afirma que la autodefensa en estricto sentido la constituiría la que en procesos donde no rija la carga del patrocinio asuma alguna de las partes. Desde el punto de vista procesal, sin embargo, dicha institución no pasa de ser una reminiscencia de la primitiva autodefensa, en la que la fuerza física es reemplazada por la fuerza de los razonamientos jurídicos. En esta dirección, la defensa letrada, o mediante abogado, sería también un sucedáneo de la justicia privada. Asimismo, a pie de página cita a ROS GÓMEZ, *El abogado: su reivindicación profesional*, Anales de la Universidad de Valencia, Valencia, 1927, Vol. VIII, pp.18 - 22, para concluir que la defensa del litigante por sí mismo, lejos de representar un avance, constituye una regresión histórica.

El derecho a la última palabra consagra entonces la posibilidad procesal final de autodefensa del acusado. Se configura como una obligación legal, sólo potestativa para el acusado, que no exige carga adicional probatoria en su ejercicio<sup>244</sup>.

---

<sup>244</sup> Continúa la citada STC 258/2007, a colación de la STC 13/2006, de 16 de enero (F. J. 4º): “se trata, por lo tanto, de que lo último que oiga el órgano judicial, antes de dictar Sentencia y tras la celebración del juicio oral, sean precisamente las manifestaciones del propio acusado, que en ese momento asume personalmente su defensa. (...) Es precisamente la palabra utilizada en el momento final de las sesiones del plenario la que mejor expresa y garantiza el derecho de defensa, en cuanto que constituye una especie de resumen o compendio de todo lo que ha sucedido en el debate, público y contradictorio, que constituye la esencia del juicio oral. El acusado conoce mejor que nadie todas las vicisitudes, que pueden influir en la mejor calificación y enjuiciamiento de los hechos que constituyen la base de la acusación.”

## **CAPÍTULO SEGUNDO:**

### **EL NÚCLEO ESENCIAL DEL DERECHO DE DEFENSA EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS**

## SUMARIO

### **I. INTRODUCCIÓN.**

### **II. LOS PRESUPUESTOS QUE INFORMAN EL DERECHO DE DEFENSA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.**

### **III. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL DERECHO A LA ASISTENCIA Y DEFENSA LETRADA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.**

### **IV. BREVES NOTAS DE DERECHO COMPARADO.**

#### ***I. INTRODUCCIÓN.***

Al objeto de disponer de una visión de conjunto en el desarrollo del presente Capítulo, se ha optado por analizar los diferentes instrumentos jurídicos internacionales que pudieran regular aspectos esenciales del derecho de defensa. En otras palabras, el enfoque propuesto no tomará como punto de partida la consideración individual de cada instrumento jurídico internacional, sino desde la perspectiva del derecho de defensa, contemplar a partir de los elementos que van integrando el derecho, los distintos cuerpos normativos.

De esta forma, la idea central habrá de ser la especialidad propuesta, los delitos de terrorismo, esto es, no se considerará tanto el derecho de defensa en sí, sino en cuanto lo que afecta a la defensa del sujeto acusado por causa de terrorismo. Ello a pesar de que los textos normativos internacionales no hacen referencia explícita a tales cuestiones. Por tanto, puesto que no abordan la especialidad del derecho de defensa en materia de terrorismo, habremos de acudir a la Jurisprudencia de las diferentes Cortes internacionales, en su tarea de interpretación del derecho de defensa, recogido en los diferentes textos normativos. En resumen, concederemos relevancia a tales aspectos, en lugar de proponer un análisis general del derecho referido en los diversos instrumentos jurídicos internacionales.



## II. LOS PRESUPUESTOS QUE INFORMAN EL DERECHO DE DEFENSA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.<sup>245</sup>

A nivel internacional, el PIDCP<sup>246</sup> regula en su art. 14 la regulación referente a diversos derechos y garantías de índole procesal. Tras recoger tales aspectos en sus dos primeros párrafos, donde específicamente se contempla el principio de contradicción en cuanto, toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, el párrafo tercero refiere, partiendo del

---

<sup>245</sup> Respecto de instrumentos de carácter convencional adoptados por Naciones Unidas que guardan relación con el fenómeno del terrorismo: el Convenio sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, aprobado por la A. G. de las N. U. el 14 de diciembre de 1973; el Convenio Internacional contra la Toma de Rehenes, aprobado por la A. G. de las N. U. el 17 de diciembre de 1979; el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la A. G. de las N. U. el 15 de diciembre de 1997; el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, aprobado por la A. G. de las N. U. el 9 de diciembre de 1999; el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, Tokio, 14 de septiembre de 1963; la Convención para la represión de la captura ilícita de aeronaves, La Haya, 16 de diciembre de 1970; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, Montreal, 23 de septiembre de 1971; el Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, Montreal, 24 de febrero de 1998, complementario del anterior convenio; la Convención para la protección física de los materiales nucleares, Viena 3 de marzo de 1980; la Convención para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, Roma 10 de marzo de 1988, el Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, Roma, 10 de marzo de 1998; y el Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección, Montreal, 1 de marzo de 1991. En ámbitos regionales: la Convención árabe para la represión del terrorismo, El Cairo, 22 de abril de 1998; la Convención, de la Organización de la Conferencia Islámica, sobre la lucha contra el terrorismo internacional, Ouagadougou, 1 de julio de 1999; el Convenio europeo para la represión del terrorismo, Estrasburgo, 27 de enero de 1977; la Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurándose delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional, Washington, 2 de febrero de 1971; la Convención de la OUA sobre la prevención y lucha contra el terrorismo, Argel, 14 de julio de 1999; la Convención regional sobre la eliminación del terrorismo, de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional, Kathmandu, 4 de noviembre de 1987; y la Convención interamericana contra el terrorismo, aprobada mediante Resolución 1840 (XXXII-0/02), de la A. G. de la O.E.A., de 3 de junio de 2002. Todos ellos citados en DÍAZ BARRADO, «El marco jurídico – internacional de la lucha contra el terrorismo», en *Lucha contra el terrorismo y el derecho internacional*, Instituto de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, 2004, pp. 52-53.

<sup>246</sup> Adoptado por Resolución A.G.2200A (XXI), 21 ONU GAOR Supp. (N 16) en 52, doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171 de la ONU, entró en vigor 23 de marzo de 1976.

principio de igualdad, las garantías mínimas, dice el precepto, que asisten a toda persona acusada de un delito durante el proceso<sup>247</sup>.

De manera coincidente con otros instrumentos internacionales, (véase el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950), el PIDCP prosigue reconociendo el principio de contradicción al disponer que toda persona tiene derecho:

- a hallarse presente en el proceso.
- a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo.
- a obtener la comparecencia de los testigos de descargo.
- y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

Todo ello, como lógica premisa de la articulación de las correspondientes estrategias defensivas.

En cuanto a los derechos relativos a la información y conocimiento de la acusación, también encuentran acomodo en el citado art. 14. Por un lado, al referir, en conexión con el principio de contradicción, el derecho de toda persona a las debidas garantías que han de informar la substanciación de cualquier acusación formulada contra ella. De otro lado, al regular el derecho a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada, y lógicamente, a ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado ante el órgano judicial.

De esta forma, es posible concluir que el comentado PIDCP dispone una protección específica respecto del derecho a conocer la acusación. Sin embargo, dicha regulación parece haber sido concebida para su implementación en instancias procesales, debiendo acudir al art. 9 PICP al objeto de considerar la articulación de los referidos derechos en fase de investigación gubernativa. En nuestra opinión, partiendo de una concepción amplia del proceso penal, estructurado a partir de fases de investigación, juicio y

---

<sup>247</sup> En el desarrollo del referido estatuto básico, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, se decanta por el término “derechos”, mientras el PIDCP prefiere utilizar el término “garantías”.

ejecución, podemos advertir que, tanto el derecho a conocer la acusación como el principio de contradicción, encontrarían firme acomodo en todas y cada una de las referidas fases procesales (art. 14.3 PIDCP).

A nivel regional el CEDH), regula el contenido que informa el derecho que preside las actuales tareas investigadoras: el derecho de defensa, en su art. 6, bajo la denominación “*derecho a un proceso equitativo*.” Tras enunciar su párrafo primero toda una serie de derechos y garantías procesales, el derecho a la presunción de inocencia en su párrafo segundo, recoge el estatuto básico del acusado en el tercero de sus párrafos. Así, dispone que todo acusado tendrá, como mínimo, una serie de derechos, y entre los que aquí interesan:

- a) derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial (art. 6.1 CEDH), y asimismo, a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él (art. 6.3.a) CEDH).

La doctrina del TEDH<sup>248</sup> ha resaltado la importancia del derecho a la información que asiste a la persona encausada, poniendo especial énfasis en su contenido: el derecho a la información englobaría tanto los hechos materiales sobre los que se asienta la acusación, como la calificación jurídica que tales hechos pudieran merecer (STEDH, de 19 de diciembre de 1989, Caso Kamasinski c. Austria). Y dicha información habrá de ser completa y detallada (STEDH, de 25 de marzo de 1999, Caso Pélissier y Sassi c. Francia)<sup>249</sup>. Sin embargo, no se impone forma concreta sobre el modo en el que el acusado debe ser informado (Caso Kamasinski c. Austria). Las ventajas que ofrece la forma escrita frente a la verbal son obvias, si bien, en los casos en que dicha información no se documente *ab initio*, subrayar el rol determinante que habrán de desempeñar tanto los profesionales de la Abogacía como los órganos públicos competentes encargados de transmitir dicha información, en garantía de los derechos que asisten al sujeto acusado.

---

<sup>248</sup> Se ha considerado la Jurisprudencia vertida en la materia por el TEDH desde Septiembre de 2009 hasta la fecha, acudiéndose, si fuera necesario, a pronunciamientos anteriores a dicha fecha en aspectos puntuales.

<sup>249</sup> Asimismo, STEDH, de 1 de enero de 2001, Caso Dallos c. Hungría.

Por tanto, la idea central que preside el texto radica en contemplar el derecho a ser informado de la naturaleza y el motivo de la acusación, a la luz del derecho del acusado a preparar su defensa. Y así considera el TEDH, la natural conexión entre el derecho a conocer la acusación y la contradicción procesal, todo ello, circunstanciado en el más amplio derecho al debido proceso<sup>250</sup>. No obstante lo anterior<sup>251</sup>, el TEDH ha admitido posibles restricciones al respecto, en la específica materia que nos ocupa, bien por razones de seguridad pública o al objeto de garantizar la eficacia de las tareas investigadores<sup>252</sup>. Claro que, insta al tribunal enjuiciador a equilibrar los perjuicios que

---

<sup>250</sup> A tal efecto, STEDH de 8 marzo de 2012, Caso Romanova c. Rusia, al disponer “*the right to an adversarial trial means, in a criminal case, that both prosecution and defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party. In addition Article 6 § 1 requires that the prosecution authorities disclose to the defense all material evidence in their possession for or against the accused.*” Asimismo, STEDH de 11 de abril de 2011, Caso MCKeown c. Reino Unido, trayendo a colación la doctrina establecida en Rowe & Davis c. Reino Unido; “*It is a fundamental aspect of the right to a fair trial that criminal proceedings, including the elements of such proceedings which relate to procedure, should be adversarial and that there should be equality of arms between the prosecution and defense. The right to an adversarial trial means, in a criminal case, that both prosecution and defense must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party.*”

<sup>251</sup> Sobre la posibilidad del juicio en ausencia del acusado que se encuentra disponible puede acudir a STEDH de 18 de marzo de 2013, Caso Margus c. Croacia.

<sup>252</sup> STEDH, de 19 febrero 2009, Caso A. c. Reino Unido, “*aunque el derecho a un proceso penal equitativo garantizado por el artículo 6 engloba el derecho a la comunicación de todas las pruebas pertinentes, tanto de cargo como de descargo, en poder de las autoridades, el Tribunal considera que, en ocasiones, puede resultar necesario, en nombre del interés general, ocultar algunas pruebas a la defensa.*” Asimismo, STEDH de 11 de abril de 2011 Caso MCKeown c. Reino Unido: “*however, the entitlement to disclosure of relevant evidence is not an absolute right. In any criminal proceedings there may be competing interests, such as national security or the need to protect witnesses at risk of reprisals or keep secret police methods of investigation of crime, which must be weighed against the rights of the accused. In some cases it may be necessary to withhold certain evidence from the defense so as to preserve the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest. However, only such measures restricting the rights of the defense which are strictly necessary are permissible under Article 6 § 1. Moreover, in order to ensure that the accused receives a fair trial, any difficulties caused to the defense by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities.*”

tales restricciones pudieran acarrear para con los derechos procesales del sujeto pasivo del proceso penal<sup>253</sup>.

En resumen, parece admitir el TEDH que el ejercicio de derechos intraprocesales, de los denominados principios estructurales del proceso, pudiera atemperarse salvaguardando la posterior formulación de un equilibrio que pueda responder a las necesidades que el principio de paridad de medios de ataque y defensa demanda. Ciertamente, cabría entonces delimitar claramente los parámetros aplicables al respecto,

---

<sup>253</sup> STEDH, de 18 de agosto de 2010, Caso Kennedy c. Reino Unido, “*the Court reiterates that according to the principle of equality of arms, as one of the features of the wider concept of a fair trial, each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent (...). The Court has held nonetheless that, even in proceedings under Article 6 for the determination of guilt on criminal charges, there may be restrictions on the right to a fully adversarial procedure where strictly necessary in the light of a strong countervailing public interest, such as national security, the need to keep secret certain police methods of investigation or the protection of the fundamental rights of another person. There will not be a fair trial, however, unless any difficulties caused to the defendant by a limitation on his rights are sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities.*” Asimismo, menciona los conceptos de proporcionalidad y necesidad, que si bien, pudieran tener un mayor predicamento durante la fase de investigación criminal, por cuanto los efectos perjudiciales de la restricción de derechos fundamentales de sujeto investigado podrá ser atenuados, en fase de enjuiciamiento, aplicar dicho modelo de actuación en la presente fase, bajo unos criterios francamente similares, se nos antoja cuanto menos cuestionable. A tal efecto, dispone la STEDH, “*In order to ensure the efficacy of the secret surveillance regime, and bearing in mind the importance of such measures to the fight against terrorism and serious crime, the Court considers that the restrictions on the applicant's rights in the context of the proceedings before the IPT were both necessary and proportionate and did not impair the very essence of the applicant's Article 6 rights.*”

dada la amplia presencia de la casuística en tales razonamientos<sup>254</sup>, y la posibilidad cierta de colocar al TEDH ante unas competencias que, en principio, les deben ser ajenas<sup>255</sup>: si la acusación fue suficientemente circunstanciada y, asimismo, si a pesar de las referidas restricciones, ésta pudo ser contestada útilmente (STEDH, de 19 febrero 2009 Caso A. c. Reino Unido).

De esta forma, continúa el art. 6.3 CEDH regulando determinados derechos con directa vinculación para con el principio de contradicción.

---

<sup>254</sup> STEDH, de 19 febrero 2009, Caso A. c. Reino Unido cuando cita cierta casuística al respecto: “*en la Sentencia Jasper, consideró (el Tribunal) que constituía un contrapeso suficiente a la restricción de los derechos de la defensa el examen no contradictorio de pruebas pertinentes para las cuestiones en litigio –que la acusación no pensaba invocar– al que un juez había procedido antes de negarse a comunicarlas al acusado, debido a que primaba el interés general de conservarlas secretas sobre la utilidad de divulgarlas a la defensa. Para pronunciarse así y concluir que no había habido violación del artículo 6, puntualizó que los intereses que concurrían habían sido sopesados por un juez que estaba perfectamente al tanto del conjunto de circunstancias de la causa, que se mantuvo a la defensa informada y que ésta tuvo la ocasión de formular alegaciones y participar en el proceso decisorio en la medida de lo posible, sin que se divulgasen las pruebas que la acusación deseaba no tener que comunicar. Por el contrario, en la Sentencia Edwards y Lewis contra Reino Unido, el Tribunal juzgó que no garantizaba suficientemente la equidad del proceso un procedimiento contradictorio en el que los elementos probatorios confidenciales sometidos al Tribunal de instancia se referían o podían referirse a una cuestión fáctica planteada por la acusación, que podía tener una importancia decisiva para el resultado del proceso y cuya resolución correspondía a dicho tribunal, no a un jurado (...). En otros asuntos en los que el interés general originaba las restricciones a los derechos de la defensa en relación a las pruebas de cargo en las que se fundaba la acusación, el Tribunal determinó hasta qué punto las medidas compensatorias existentes podían remediar la ausencia parcial de debate contradictorio en el procedimiento. Así, en la Sentencia Lucà contra, consideró que las autoridades judiciales no violaban necesariamente el artículo 6.1, al recurrir a declaraciones que se remontaban a la fase de instrucción previa, sobre todo cuando su autor se negaba a reiterarlas en público al temer por su seguridad, si el acusado había dispuesto de una ocasión adecuada y suficiente para responder a dichas declaraciones, en el momento de ser efectuadas o más tarde. Sin embargo, puntualizó que los derechos de la defensa se hallaban limitados de forma incompatible con las garantías del artículo 6 cuando una condena se basaba, únicamente o de manera determinante, en declaraciones hechas por una persona que el acusado no había podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni en el juicio oral.*”

<sup>255</sup> STEDH de 11 de abril de 2011, Caso. MCKEOWN C. Reino Unido, “*In cases where evidence has been withheld from the defence on public interest grounds, it is not the role of this Court to decide whether or not such non-disclosure was strictly necessary since, as a general rule, it is for the national courts to assess the evidence before them. Instead, the European Court's task is to ascertain whether the decision-making procedure applied in each case complied, as far as possible, with the requirements of adversarial proceedings and equality of arms and incorporated adequate safeguards to protect the interests of the accused.*”

- b) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

El principio de contradicción impone que, en condiciones normales, las pruebas sean practicadas a presencia del acusado, y que ello se realice en audiencia pública. Indudablemente traer a colación lo expuesto en el Capítulo precedente respecto de la articulación del principio de contradicción en las fases de investigación y enjuiciamiento penal, y su relevancia directa en la formación e introducción del material instruido como prueba de cargo válida para desvirtuar la presunción de inocencia en la correspondiente fase de juicio oral, vistas las señaladas excepciones. Sin embargo, el Tribunal ha afirmado que el uso, a efectos probatorios, de declaraciones obtenidas en fase de instrucción, no es en sí mismo incompatible con el contenido del CEDH, siempre que se respete el derecho de defensa (STEDH, de 22 de noviembre de 2005, Caso Taal c. Estonia). A tal fin, el acusado ha de tener necesariamente una oportunidad adecuada de impugnar e interrogar a los testigos (STEDH, de 20 de septiembre de 1993, Caso Saïdi), tanto en fase de instrucción como en momento procesal posterior. Como excepción al derecho que tratamos, el Tribunal ha entendido acorde con el contenido del CEDH la utilización de declaraciones realizadas por testigos anónimos como fundamento para una condena, si bien, ha señalado un límite: la declaración de culpabilidad que el órgano competente realice, no debe basarse únicamente o de manera

decisiva en testimonios realizados en tal forma (STEDH, de 26 de marzo de 1996, Caso Doorson c. Holanda, entre otras)<sup>256</sup>.

- c) a ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

El derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete no sólo se aplica a las actuaciones que se practiquen de forma oral, sino también alcanza a los documentos escritos y a la instrucción preparatoria. El acusado que no comprenda o no hable la lengua utilizada en el proceso, tiene derecho a los servicios de un intérprete que le traduzca o interprete cualquier acto del procedimiento promovido en su contra cuyo sentido necesite conocer y, asimismo, tendrá derecho a que dichos servicios puedan ser gratuitos (STEDH, de 28 de noviembre de 1978. Caso Luedicke, Belkacem y Koc c. Alemania). Sin embargo, en directa conexión con el derecho a la información que anteriormente enunciamos, el derecho a intérprete no comporta la traducción por escrito

---

<sup>256</sup> STEH de 14 de julio de 2005, Caso Mayali c. Francia: “El Tribunal afirma claramente que los derechos de la defensa son restringidos de manera incompatible con las garantías del artículo 6 cuando una condena se basa, únicamente o en una medida determinante, en las declaraciones de un testigo que ni en la fase de instrucción ni durante los debates el acusado ha tenido posibilidad de interrogar o hacer interrogar. (...) De esta manera, el Convenio no autoriza a las jurisdicciones a basar una condena en las declaraciones de un testigo de cargo que el «acusado» o su abogado no han podido interrogar en ninguna de las fases del proceso, salvo en los siguientes casos: en primer lugar, cuando la falta de confrontación ha sido debida a la imposibilidad de localizar al testigo, debe establecerse que las autoridades competentes ha buscado activamente a éste con el fin de permitir dicha confrontación; en segundo lugar, el testimonio en litigio no puede en ningún caso constituir el único elemento sobre el que reposa la condena.” O bien, STEDH, de 19 febrero 2009, Caso A. c. Reino Unido: “en otros asuntos en los que el interés general originaba las restricciones a los derechos de la defensa en relación a las pruebas de cargo en las que se fundaba la acusación, el Tribunal determinó hasta qué punto las medidas compensatorias existentes podían remediar la ausencia parcial de debate contradictorio en el procedimiento. Así, en la Sentencia Lucà contra Italia, consideró que las autoridades judiciales no violaban necesariamente el artículo 6.1, al recurrir a declaraciones que se remontaban a la fase de instrucción previa, sobre todo cuando su autor se negaba a reiterarlas en público al temer por su seguridad, si el acusado había dispuesto de una ocasión adecuada y suficiente para responder a dichas declaraciones, en el momento de ser efectuadas o más tarde. Sin embargo, puntualizó que los derechos de la defensa se hallaban limitados de forma incompatible con las garantías del artículo 6 cuando una condena se basaba, únicamente o de manera determinante, en declaraciones hechas por una persona que el acusado no había podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni en el juicio oral.” Asimismo, SSTEDH de 3 de noviembre de 2009, Caso Kachan c. Polonia y de 15 de diciembre de 2011, Caso Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido. En tal sentido, ALCACER GUIRAO, «La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH», en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, octubre, 2013.



de todas las pruebas documentales y de todos los autos del procedimiento. La asistencia en esta materia, y por este concepto, debe permitir al acusado conocer de qué se le acusa y defender las posiciones que le son propias, especialmente dando al tribunal su versión de los hechos. La obligación de las autoridades competentes no se limita entonces a la designación de un intérprete, sino que además les corresponde determinadas labores de vigilancia al respecto. Por tanto, el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete debe ser concreto y efectivo (Caso Kamasinski c. Austria).

Sin embargo, el TEDH, a pesar de reconocer que el derecho a ser asistido por intérprete resulta de crucial importancia tanto para el desarrollo del propio procedimiento penal, como para los derechos del sujeto pasivo del proceso penal, ha admitido restricciones al respecto, partiendo de la casuística, y bajo la presencia de determinadas razones que, en principio, vendría a justificar dicha restricción<sup>257</sup>. Claro que no deja de ser sorprendente que dicha restricción se justifique en base a la doctrina establecida en la STEDH de 5 de enero de 2010, Caso Diallo c. Sweden, que a su vez, presenta el referido test de restricción de derechos según indefinidos parámetros informados por la mencionada casuística, sobre la STEDH 27 de noviembre de 2008, Caso Salduz c. Turquía, que dispone tales cuestiones, de manera excepcional, para la restricción del derecho de acceso a letrado en sede gubernativa, equilibrando seguidamente los perjuicios causados

---

<sup>257</sup> A tal respecto, puede acudir a la STEDH de 5 de abril de 2011, Caso Saman c. Turquía, y la doctrina allí contemplada, es decir: *“The Court further recalls that the investigation stage is of crucial importance for the preparation of criminal proceedings, as the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered (Salduz v. Turkey). The Court has also held that, in the context of application of paragraph 3 (e), the issue of the defendant's linguistic knowledge is vital and that it must also examine the nature of the offence with which the defendant is charged and any communications addressed to him by the domestic authorities, in order to assess whether they are sufficiently complex to require a detailed knowledge of the language used in court (Hermi v. Italy. Finally, the Court has ruled that the assistance of an interpreter should be provided during the investigation stage unless it can be demonstrated in the light of the particular circumstances of the case that there are compelling reasons to restrict this right (Diallo v. Sweden).”*

con dicha restricción<sup>258</sup>. A tal efecto, no alcanzamos a vislumbrar los oportunos contrapesos que habrían de contrarrestar los efectos perjudiciales de una restricción del derecho a intérprete, sostenida en la forma indicada anteriormente. Más aún, habrá que poner de manifiesto que la restricción del derecho a intérprete conlleva la potencial afectación de otros derechos procesales del sujeto pasivo del proceso penal, tal y como tuvo ocasión de advertirse en la citada STEDH 5 de abril de 2011, Caso Saman c. Turquía.

En cuanto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José (en adelante la Convención)<sup>259</sup>, hemos de referenciar que, tanto el derecho a conocer la acusación como el principio de contradicción, encuentran firme acomodo en el art. 7 (sede gubernativa) y el art. 8 del citado cuerpo legal.

Respecto del derecho a conocer las razones de la detención y los cargos que fundamentan tales razones en sede gubernativa, se establece que toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella<sup>260</sup>.

Por su parte el art. 8 de la Convención hace lo propio respecto de lo que denomina garantías judiciales, y entre ellas las aquí contempladas, mientras el apartado segundo del mismo precepto regula el derecho a la comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación que en su contra se formula. A tal fin, la Jurisprudencia de la CIDH al

---

<sup>258</sup> STEDH 27 de noviembre de 2008, Caso Salduz c. Turquía: “Article 6 § 1 requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right. Even where compelling reasons may exceptionally justify denial of access to a lawyer, such restriction – whatever its justification – must not unduly prejudice the rights of the accused under Article 6 (see, mutatis mutandis, Magee). The rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction.”

<sup>259</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

<sup>260</sup> SCIDH, de 8 de julio de 2004, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú, al disponer que el citado precepto contempla un mecanismo para evitar conductas ilegales o arbitrarias desde el acto mismo de privación de libertad y garantiza la defensa del detenido, por lo que este último y quienes ejercen representación o custodia legal del mismo, tienen derecho a ser informados de los motivos y razones de la detención cuando ésta se produce y de los derechos del detenido. Asimismo, SCIDH de 27 de noviembre de 2003, Caso Maritza Urrutia c. Guatemala.

referirse a las garantías judiciales o procesales consagradas en el artículo 8 de la Convención, exige observar todas las formalidades que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho durante el proceso, es decir, las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. Entre tales condiciones, disponer el conocimiento oportuno y completo de los cargos que se formulen contra el sujeto pasivo del proceso penal (SCIDH de 25 de noviembre de 2004, Caso Lori Berenson Mejía c. Perú)<sup>261</sup>.

Respecto de la articulación del principio de contradicción, el citado art. 8 establece<sup>262</sup>:

*“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella (...).*

*2. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

*a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;*

*f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.”*

---

<sup>261</sup> SCIDH de 30 de mayo de 1999, Caso Castillo Petrucci y otros c. Perú al disponer que “los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada.” Asimismo, RCIDH de 1 de julio de 2011, Caso Castillo Petrucci y otros c. Perú.

<sup>262</sup> En conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva, se amplía jurisprudencialmente el contenido del citado precepto, al disponerse que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación (SCIDH de 16 de agosto de 2000, Caso Durand y Ugarte c. Perú).

A tal efecto, la jurisprudencia de la CIDH se ha pronunciado respecto de la confluencia entre de jurisdicción ordinaria y militar en la investigación y enjuiciamiento de delitos de terrorismo. De esta forma, viene a significar que mientras en la jurisdicción ordinaria las actuaciones respetan y garantizan la esencia del debido proceso, en la militar se suceden investigaciones y posterior enjuiciamientos, justificadas con argumentos presentados desde la perspectiva del principio de seguridad<sup>263</sup>, que carecen de determinadas garantías procesales, admitiéndose toda una serie de actuaciones procesales, bajo la apariencia de regirse por las normas que informan el debido proceso, que conllevan flagrantes vulneraciones de derechos fundamentales. Traemos entonces a colación los derechos citados anteriores.

En primer lugar, entre las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos al objeto de ejercer su defensa. Dicho examen se producirá, en condiciones de igualdad procesal, tanto respecto de aquellos testigos que se presenten de contrario, como aquellos otros que la propia parte procesal proponga. De esta forma, la CIDH se decanta por la protección de los derechos y garantías procesales mencionados, declarando la vulneración del art. 8 de la Convención, dada la existencia de determinados procesos, seguidos bajo la jurisdicción estatal, donde se cercena normativamente (art. 13.c del Decreto Ley No. 25.475, Perú) la posibilidad de interrogar como testigos a quienes intervinieron por razones de sus funciones en la elaboración de atestados policiales, elementos de cognición que sirven para fundamentar la formulación de cargos, (SCIDH de 25 de noviembre de 2005, Caso García Asto y Ramírez Rojas, c. Perú)<sup>264</sup>.

---

<sup>263</sup> A pesar de la RCIDH de 20 de junio de 2012, Caso Lori Berenson Mejía c. Perú, donde la CIDH rechaza criterios de peligrosidad social como justificación para una restricción de los derechos de las personas, particularmente de su derecho al debido proceso.

<sup>264</sup> SCIDH de 25 de noviembre de 2004, Caso Caso Lori Berenson Mejía c. Perú, al considerar que impedir el ejercicio del derecho a interrogar a los testigos en cuyas declaraciones se sustenta la acusación contra la presunta víctima vulnera el más amplio derecho de defensa. De esta forma, tras acreditar la prohibición de realizar interrogatorio de agentes de la policía y del ejército que hubiesen participado en las diligencias de investigación, y vista la falta de intervención del abogado defensor hasta el momento en que declara la presunta víctima, no resulta posible controvertir las pruebas recabadas y asentadas en el atestado policial. Por tanto entiende, como lo hace originariamente la anterior SCIDH de 30 de mayo de 1999, Caso Castillo Petrucci y otros c. Perú, que la imposición de restricciones a los abogados defensores de las víctimas vulnera el derecho a interrogar testigos y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

En segundo lugar, respecto del material probatorio practicado como base de la acusación y posterior condena se ha resaltar, por un lado, la protección que la CIDH ha dispensado para con el derecho de defensa del sujeto pasivo del proceso penal, ante condenas penales dictadas a partir de material probatorio no sometido a contradicción en fase de enjuiciamiento. A tal efecto, ha sostenido que aun cuando tales actuaciones tengan respaldo normativo estatal, este tipo de legislación hace que la investigación sea prácticamente nula y se dicten condenas sobre la base de conclusiones reflejadas en los atestados policiales. Las resoluciones en el fuero militar no se dictan en función de las pruebas actuadas en juicio, sino en atestados policiales ampliatorios, que no han sido de conocimiento del acusado. Claro que posteriormente se decanta por afirmar que para que los actos de investigación posean la naturaleza de prueba es imprescindible que la policía intervenga en ellos por estrictas razones de urgencia o de necesidad (SCIDH de 30 de mayo de 1999, Caso Castillo Petrucci y otros c. Perú). En lógica consecuencia se está reconociendo la posibilidad de que los resultados que arroja la investigación puedan alcanzar valor probatorio, en determinadas circunstancias, justificadas en los referidos caracteres que informan la excepcional restricción de derecho fundamentales por causa de terrorismo, si bien, sostiene la obligatoriedad de disponer de un adecuado equilibrio que permite contradecir dichos resultados para alcanzar valor probatorio. Por tanto, la posibilidad de disponer de un contradictorio diferido sobre la prueba, mediando el oportuno equilibrio procesal, puede resultar admisible, vistas las circunstancias concurrentes<sup>265</sup>.

---

<sup>265</sup> Respecto del carácter confidencial de determinada información por razones de interés público, señala la SCIDH de 25 de noviembre de 2003, Caso Myrna Mack Chang c. Guatemala, que *“tal como lo ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos, en los casos donde cierta evidencia es mantenida en reserva por motivos de interés público (seguridad nacional, por ejemplo), no es el rol del tribunal internacional determinar si la reserva de la información es o no necesaria ya que como regla general ello corresponde a los tribunales nacionales. En cambio, sí le corresponde determinar si el proceso interno respeta y protege el interés de las partes. Al respecto, dicho Tribunal Europeo señaló que el hecho de retener evidencia relevante argumentando el interés público, sin notificar al juez de la causa, no cumple con los requisitos del artículo 6 del Convenio Europeo, el cual es equivalente al artículo 8 de la Convención Americana.”* Por tanto, *“en caso de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes.”*

De otra parte, debemos considerar la interconexión que se ha concedido a las actuaciones practicadas ante la jurisdicción militar, al amparo de una legislación excepcional, para producir su exposición y efectos, posteriormente, en procesos penales ante la jurisdicción ordinaria<sup>266</sup>. A tal fin, se pronuncia la RCIDH 17 de septiembre de 1997, Caso Loayza Tamayo c. Perú, al delimitar las características de un procedimiento excepcional (ante la jurisdicción militar) en el que, obviamente, están sensiblemente restringidos los derechos fundamentales que integran el debido proceso<sup>267</sup>. Dicho esto, la citada resolución dispone que tales circunstancias tuvieron consecuencias negativas, para con la persona enjuiciada, en el fuero común. A pesar de preferir términos más concluyentes, como por ejemplo si ocurre en el párrafo anterior y posteriores, dichas consecuencias negativas han de ser entendidas desde la perspectiva de la vulneración del art. 8 de la Convención.

A nivel comunitario<sup>268</sup> hemos de referir, primeramente, la Carta de los Derechos Fundamentales, que regula en su art. 47 derechos de contenido procesal, al disponer que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Asimismo, toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Por su parte, el art. 48 refiere tanto la presunción de inocencia como garantiza, a todo acusado, el respeto de lo que denomina, los derechos de la defensa, donde lógicamente se deberá incluir las materias tratadas en el presente epígrafe. De esta forma, tales

---

<sup>266</sup> Como establece la RCIDH de 1 de julio de 2011, Castillo Petruzzi y otros c. Perú, los elementos de prueba provenientes de un juicio militar, tomando en cuenta las circunstancias en que se produjeron, es decir, mediando la aplicación extensiva de normativa que prevé la excepcional restricción de derechos, no deberían trascender de su ámbito propio. Cuestión distinta sería analizar las causas y consecuencias de dicha normativa.

<sup>267</sup> Por tanto, sostiene la CIDH que estos procesos no alcanzan los estándares de un juicio justo ya que no se reconoce la presunción de inocencia, se prohíbe a los procesados contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas y se limita la facultad del defensor al impedir que éste pueda libremente comunicarse con su defendido e intervenir con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso (RCIDH 17 de septiembre de 1997, Caso Loayza Tamayo c. Perú).

<sup>268</sup> Se ha de tomar en consideración el contenido de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre lucha contra el terrorismo, respecto de la conceptualización común de los delitos de terrorismo.

derechos habrán de ser interpretados, según el CEDH, y a tenor de la Jurisprudencia del TEDH (arts. 52.3 y 53 CDFUE)<sup>269</sup>.

No obstante lo anterior, debemos acudir a los distintos instrumentos comunitarios para contemplar el desarrollo de tales derechos.

En primer lugar, debemos reseñar la Directiva 2012/13/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, que establece el marco normativo respecto del derecho de las personas sospechosas o acusadas a recibir información sobre sus derechos en los procesos penales y sobre las acusaciones formuladas contra ellas (art. 1). De esta forma, la Directiva prevé su aplicación desde el momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro ponen en conocimiento de una persona, que es sospechosa o que se le acusa de haber cometido una infracción penal (art. 2), estableciéndose la obligación que incumbe a los Estados miembros de proporcionar información a las mismas sobre toda una serie de derechos, entre ellos, el derecho a ser informado de la acusación y el derecho a interpretación y traducción (art. 3). En cualquier caso, el propio art. 6 desarrolla la articulación del derecho a recibir información tanto de los motivos que fundamentan la práctica de una detención o privación de libertad, como respecto de la infracción penal cuya comisión se sospecha o acusa. Dicha información se habrá de facilitar, con prontitud y con el grado de detalle necesario, para salvaguardar la equidad del proceso y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de defensa. Asimismo, se garantiza que, a más tardar en el momento en que el contenido de la acusación se presente a un tribunal, se facilite información detallada sobre la acusación, incluidas la naturaleza y la tipificación jurídica de la infracción penal, así como la naturaleza de la participación de la persona acusada, y los posibles cambios que se pudieran producir respecto de la información previamente facilitada.

---

<sup>269</sup> Asimismo el art. 6 del Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 firmado en Maastricht y el Protocolo (nº 8), sobre el apartado segundo del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. Recientemente, *Final Report to the CDDH, dated on 10th of June de 2013, Fifth negotiation Meeting between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*.

Por su parte, el art. 7 de la Directiva citada dispone el derecho de acceso a los materiales del expediente, donde lógicamente debemos incluir el material probatorio de que disponga la autoridad competente. Sin embargo, tras matizar que dichos materiales se transmitirán con la debida antelación, tomando como punto de referencia el derecho de defensa de la parte, posteriormente se permiten excepciones al respecto, al regularse la posibilidad de denegar el acceso bajo determinadas circunstancias. De esta forma, se podrá denegar dicho acceso si ello puede dar lugar a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona o si la denegación es estrictamente necesaria para defender un interés público importante, como en los casos en que se corre el riesgo de perjudicar una investigación en curso, o cuando se puede menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado miembro en el que tiene lugar el proceso penal. Tales excepciones habrán de ser decididas o bien sometidas a control judicial, en todo caso. Ciertamente, mientras el derecho a conocer la acusación entendemos encuentra un firme acomodo en el articulado de la Directiva, vistas las diferentes sensibilidades normativas de los Estados Miembros, el principio de contradicción, en cuanto disponibilidad de los materiales para su posterior análisis y contestación, entre otros, puede variar excepcionalmente su extensión<sup>270</sup>.

En segundo lugar, la Directiva 2013/48/UE, del Parlamento y del Consejo, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, de 22 de octubre de 2013<sup>271</sup>. Dicho Directiva será de aplicación desde el momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro hayan puesto en conocimiento a los sospechosos o acusados en procesos penales, mediante notificación oficial u otro medio, que ostentan tal condición o que se les acusa de haber cometido una infracción penal (art. 2.1). En relación con el derecho de asistencia letrada se pronuncia la citada Directiva sobre la articulación del principio de contradicción respecto de las personas que resulten

---

<sup>270</sup> Sin embargo, se nos antoja que podría resultar insuficiente, y la Jurisprudencia del TEDH expuesta anteriormente así lo avala, regular la salvaguarda del adecuado equilibrio procesal en base al control jurisdiccional posterior de la medida.

<sup>271</sup> Véase la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2011, sobre el derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y el derecho de comunicación en el momento de la detención.



sospechosas o acusadas en el curso de un interrogatorio practicado en sede gubernativa (art. 2.3). Asimismo, el derecho a que el letrado que asista al detenido esté presente e intervenga de manera efectiva en los interrogatorios<sup>272</sup>. Sin embargo, concurriendo circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción, la Directiva permite dejar de aplicar temporalmente los derechos comentados, en la medida en que esté justificado, en vista de las circunstancias específicas del caso<sup>273</sup>, sobre la base de alguna o varias de las razones imperiosas siguientes:

- a) una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona.
- b) una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal.

Respecto del Libro Verde de la Comisión sobre garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea, partiendo del derecho a la asistencia letrada, como fundamento de todos los restantes, sostiene que el sospechoso o inculcado debe comprender de qué se le acusa y la naturaleza del proceso, de modo que, para quienes no entienden la lengua de procedimiento, presenta vital importancia disponer de interpretación de lo que se dice y de traducción de los documentos esenciales. Por tanto, reconoce el derecho de acceso a un intérprete competente y a una traducción de los documentos fundamental para que el sospechoso o inculcado pueda comprender de qué se le acusa.

Por su parte, la Directiva 2010/64/CE del Parlamento y del Consejo de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, de reciente incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, fechada a 28 de octubre de 2013, persigue garantizar la aplicación práctica del derecho a la

---

<sup>272</sup> Dispone la Directiva que dicha intervención será acorde con los procedimientos previstos por la normativa nacional, a condición de que tales procedimientos no menoscaben el ejercicio efectivo ni el contenido esencial del derecho de que se trate, lo cual, en el caso español podría tener cierto predicamento, vista la regulación de nuestra Ley Procesal Penal, como tendremos ocasión de comprobar en posteriores Capítulos.

<sup>273</sup> Sin embargo, el citado instrumento no regula la forma en que dicha situación podrá ser posteriormente equilibrada, debiendo contemplarse desde la perspectiva jurisprudencial, vista el amplio componente casuístico presente en tales actuaciones.

traducción e interpretación, incorporado en el acervo del art. 6 CEDH según la interpretación de la jurisprudencia del TEDH, en los procesos penales.

De esta forma, el art. 1 de la presente Directiva regula ampliamente tanto el objeto como el ámbito de aplicación de la misma. A pesar de alguna sorprendente deficiencia lingüística en cuanto a la terminología empleada, véase la temática que se regula, se garantiza el citado derecho, a cualquier persona, a partir del momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro pongan en su conocimiento, mediante notificación oficial, o de otro modo, que es sospechosa o está acusada de haber cometido una infracción penal y hasta la conclusión del proceso.

Asimismo, debemos considerar el derecho a interpretación, por un lado, respecto de las actuaciones orales (art. 2), lo cual indudablemente deberá ser puesto en relación con el derecho a conocer la acusación<sup>274</sup>. pero sobre todo, respecto de la articulación del principio de contradicción (art. 2). De otro lado, el derecho a la traducción, en su modalidad de documentos esenciales (art. 3), desde una perspectiva similar a la anterior, es decir, al objeto de poder contradecir las alegaciones que de contrario se formulen, así como, garantizando que el sospechoso o acusado tenga conocimiento de los cargos que se le imputan y se encuentre en condiciones de ejercer el derecho a la defensa.

Por tanto, los Estados miembros velarán por que todo sospechoso o acusado que no hable o entienda la lengua del proceso penal se beneficie sin demora de interpretación en el transcurso del proceso penal ante las autoridades de la investigación y judiciales, incluido durante el interrogatorio policial, en todas las vistas judiciales y las audiencias intermedias que sean necesarias (art. 2). Derecho que alcanza a la propia comunicación entre el sospechoso o acusado y su abogado en relación directa con cualquier interrogatorio o toma de declaración durante el proceso, o con la presentación de un recurso u otras solicitudes procesales (art. 2.2).

---

<sup>274</sup> Como dispone el art. 2.8, la interpretación facilitada habrá de gozar de una calidad suficiente para salvaguardar la equidad del proceso, precisamente, garantizando en particular que el sospechoso o acusado en un proceso penal tenga conocimiento de los cargos que se le imputan y esté en condiciones de ejercer el derecho a la defensa (art. 2.8).

### **III. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL DERECHO A LA ASISTENCIA Y DEFENSA LETRADA EL ÁMBITO INTERNACIONAL.**

En lógica sistemática con lo anteriormente expuesto debemos comenzar analizando el art. 14.3 PIDCP, por cuanto reconoce toda una serie de derechos que integran el contenido del derecho de defensa. Como advertimos desde una concepción amplia del proceso penal, el citado precepto dispone el derecho de toda persona acusada de un delito:

- a) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección.
- b) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.

De esta forma, junto a lo hasta ahora desarrollado en el epígrafe anterior, el Pacto incluye en dicho estatuto básico las siguientes garantías mínimas:

- A ser juzgado sin dilaciones indebidas.
- A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.

Amplía, sin embargo, determinados aspectos que se contemplan en la configuración normativa que desarrolla el art. 6.3 c) CEDH. Al derecho a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa se añade, en virtud del art. 14 PIDCP, el derecho a comunicarse con un defensor de su elección. Implícito por vía de interpretación jurisprudencial en el ámbito del derecho a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de la defensa, el PIDCP, lo otorga carácter explícito en su articulado. En parecidos términos, se incluye, entonces, tanto el derecho a estar presente en el proceso (derecho que el propio TEDH había incluido, por vía interpretativa de nuevo, dentro del contenido del derecho de defensa del sujeto acusado, STEDH, de 14 enero 2003, Caso Lagerblom c. Suecia), como el derecho a que la persona acusada sea informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a recibir asistencia letrada.

A nivel regional, advertimos que la idea central que preside el CEDH respecto del anterior epígrafe, radica en contemplar el derecho a ser informado de la naturaleza y el motivo de la acusación, a la luz del derecho del acusado a preparar su defensa. Y una vez se produce el traslado de los cargos que pesan sobre el acusado, éste tendrá derecho a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa (Caso Pélissier y Sassi c. Francia)<sup>275</sup>. En efecto, como parte integrante del más amplio derecho de defensa, también el presente derecho se articula desde una perspectiva dual. En primer lugar, cabría considerar el derecho a preparar la estrategia defensiva partiendo del derecho a la autodefensa del acusado. El derecho se podrá ejercitar con independencia de la situación en que se encuentre el acusado, es decir, si efectivamente está asistido por letrado o si, por el contrario, aun no se ha producido dicha asistencia. La segunda perspectiva propone el derecho a preparar la estrategia defensiva, junto con el letrado que asuma la asistencia letrada del acusado, lo que nos conduce a considerar la siguiente cuestión que recoge el epígrafe. El derecho a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para diseñar y articular una adecuada estrategia defensiva, referido primeramente, al derecho del sujeto privado de libertad, a interactuar con el letrado que le asiste y poder así preparar, dentro de un período de tiempo razonable, las actuaciones defensivas que pretendan llevarse a cabo<sup>276</sup>.

Regula, a su vez, el CEDH el derecho a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo

---

<sup>275</sup> Aunque no se dispone de una versión en castellano, creemos acorde con los conceptos que venimos manejando la versión inglesa de la STEDH, de 25 de julio de 2000, Caso Matoccia c. Italia: “*In this respect, the adequacy of the information must be assessed in relation to sub-paragraph (b) of paragraph 3 of article 6, which confers on everyone the right to have adequate time and facilities for the preparation of their defence and in the light of the more general right to a fair hearing embodied in paragraph 1 of article 6 of the Convention (Pélissier et Sassi v. France, cited above, § 54). As concerns the changes in the accusation, including the changes in its «cause», the accused must be duly and fully informed thereof and must be provided with adequate time and facilities to react to them and organise his defence on the basis of any new information or allegation.*”

<sup>276</sup> Sostiene GRIMA LIZANDRA, *El derecho de defensa y el derecho de asistencia letrada en las detenciones policiales*, Tirant Online, 2005, (ref. de 20 de abril de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), que el término facilidades es ciertamente vago y amplio. Esa vaguedad y amplitud son deliberadamente utilizadas en ambos convenios internacionales: lo que se pretende es dotar al imputado de la mayor cantidad y calidad de facilidades para su defensa. Los poderes públicos sólo podrán negarle las facilidades que sean imposibles, altamente costosas o que pugnen con otros intereses públicos preferentes o superiores al de defensa.

exijan<sup>277</sup>. Ya expusimos anteriormente los aspectos fundamentales que informan el presente apartado, y ello trayendo a colación la STEDH, de 25 abril 1983 (Caso Pakelli contra Alemania), por cuanto el art. 6.3.c) garantiza tres derechos al acusado:

- a defenderse por sí mismo,
- a ser asistido por un defensor de su elección y,
- en determinadas condiciones, a recibir asistencia jurídica gratuita.

El precepto detalla dos requisitos para fundamentar la concesión de asistencia jurídica gratuita. El primero de ellos hace referencia a la eventual carencia de medios económicos para sufragar los gastos que pueda ocasionar. La consideración de tales extremos podrá variar, y de hecho así ocurre, en las diferentes jurisdicciones de los diversos Estados firmantes. Asimismo, aunque la asistencia letrada no resulta preceptiva ante el TEDH, resulta cuanto menos recomendable disponer de la misma. A tal fin, cabe la posibilidad de asistencia jurídica gratuita en los procesos ante el TEDH, regulándose en los arts. 100 y ss. del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los términos de la concesión de asistencia jurídica gratuita<sup>278</sup>.

El segundo de los requisitos: la asistencia jurídica gratuita se ha de prestar en interés de la Justicia. ¿Acaso podríamos añadir, incluso del justiciable? Para determinar si el interés de la justicia exige que a un acusado se le conceda asistencia jurídica gratuita, acudiremos a la STEDH, de 24 de mayo de 1991, Caso Quaranta vs. Suiza, donde se señalaron tres factores que deben tenerse en cuenta a la hora de conceder el citado derecho:

- la gravedad de la infracción y severidad de la pena potencial.
- la complejidad del caso.

---

<sup>277</sup> Hubiéramos preferido una traducción más categórica del precepto en cuanto al derecho a la asistencia jurídica gratuita. Creemos más acorde con el conjunto del texto la expresión “derecho a ser asistido” y no “derecho a poder ser asistido.” La versión inglesa del texto, por ejemplo, se expresa en los términos que aquí se proponen al afirmar lo siguiente: *right to be given it free* (asistencia jurídica gratuita se entiende) *when the interests of justice so require*. La versión del texto que manejamos en los distintos idiomas propuestos puede encontrarse en la Web TEDH, si bien, con excepción de las versiones en inglés y francés, afirma el Tribunal el carácter no oficial de dichas traducciones. Normativa (ref. de 1 de mayo de 2012), disponible en Web: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>278</sup> Se dispone de la versión en inglés rubricada *Rules of Court*, de fecha 1 de mayo de 2012, (ref. de 1 de mayo de 2012), disponible en Web: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

- la situación personal del inculpado.

Es sabido, y de forma constante reiterado por la Jurisprudencia, tanto a nivel nacional como a nivel supranacional, y así lo sostuvo la STEDH, de 13 de mayo de 1980, Caso *Ártico c. Italia*, que el objetivo primordial del CEDH consiste en proteger derechos no teóricos ni ilusorios, sino concretos y efectivos<sup>279</sup>. A tal efecto, se potencia la labor de garantía de los derechos fundamentales que corresponde a los poderes públicos, pues la efectividad del derecho a la asistencia letrada, no sólo se garantiza con el mero nombramiento, en los casos en que proceda, de un letrado de oficio (STEDH 24 de noviembre de 1993, Caso *Imbrioscia contra Suiza*), sino que habrá de expandirse hasta la producción de una efectiva asistencia jurídica. Cuestión distinta sería considerar los términos relativos a la eficiencia en que dicha asistencia letrada se produce. Por tanto, aunque la forma en que se diseñe las estrategias defensivas se configure esencialmente como un debate interno entre el acusado y su abogado, los órganos judiciales competentes podrán intervenir en los casos en que la asistencia letrada devenga manifiestamente ineficaz. Recuerda la citada STEDH, Caso *Kamasisnki*, que el art. 6.3.c) sólo obliga a las autoridades nacionales competentes a intervenir si es evidente la omisión del abogado de oficio, o si se les informa suficientemente de cualquier otra manera. No cabe duda que el concepto de ineficacia pudiera resultar ciertamente impreciso, otorgándose al órgano competente un campo de actuación y decisión notablemente amplio, al objeto de vislumbrar posibles situaciones como las descritas. Sin embargo, cuando se coloca en relación con el adjetivo del que viene precedido “*manifiesta ineficacia*”, es decir, aquella ineficacia que resulta patente, se delimita convenientemente la pretensión que desarrolla el CEDH: que la asistencia jurídica al acusado sea concreta y efectiva. No obstante, un Estado no puede ser considerado responsable de cada defecto que se produzca en la labor del abogado (STEDH, de 21 de abril de 1998, Caso *Daud c. Portugal*). Y aquí es donde el TEDH comienza a acotar razonablemente el grado de responsabilidad estatal. Para ello desvincula la efectividad del derecho a la asistencia jurídica gratuita de la posible eficiencia en la labor del letrado del turno de oficio. Ambos conceptos, aun siendo términos diferenciables,

---

<sup>279</sup> Puesto que el art. 6.3.c) CEDH, habla de “asistencia” y no de “designación”. Y ello porque la segunda no garantiza por sí misma la efectividad de la primera, pues el abogado de oficio puede morir, caer gravemente enfermo, tener un impedimento permanente o eludir sus deberes. Si han sido advertidos de ello, las autoridades han de sustituirlo u obligarle a cumplir su obligación (Caso *Ártico*).

disfrutan de una cercanía conceptual palmaria por cuanto eficacia y eficiencia disponen un mismo fin, la consecución de un efecto determinado. Ahora bien, el CEDH fija el acento protector no en la consecución de tal efecto, sino en la realidad o efectividad de la asistencia letrada. Se pretende que la asistencia letrada efectivamente se produzca, sin que a los poderes públicos les esté dado intervenir en los casos en que dicha asistencia no conllevara como resultado la consecución de las expectativas procesales inicialmente pretendidas. Por el contrario, los poderes públicos tendrán obligación convencional de intervenir cuando la actuación letrada sea manifiestamente ineficaz, es decir, notoriamente orientada hacia un fin distinto de aquel al que razonablemente deberían dirigirse las actuaciones de dicho profesional<sup>280</sup>.

Ahora bien, cabría preguntarse, en aquellos casos en que el acusado se encuentra asistido por un letrado de confianza, ¿cuál sería el alcance de tales premisas? La respuesta es simple: el alcance sería exactamente el mismo. Al igual que en los casos de asistencia jurídica gratuita, se habría de poner en conocimiento del acusado la situación concurrente para que vistas las circunstancias decida, *motu proprio*, lo que a su derecho mejor convenga<sup>281</sup>. Hablamos, por tanto, del derecho a la elección libre de letrado de confianza, en toda su amplitud. Por estas y otras cuestiones, la más reciente STEDH, de 2 de marzo de 2010, Caso Adamkiewicz c. Polonia, vino a recordar que el derecho de cualquier acusado a ser efectivamente defendido por un abogado, si fuera necesario designado de oficio, figura entre los derechos fundamentales que componen el derecho a un proceso equitativo.

Pero ¿a partir de qué momento entiende el CEDH que surge el citado derecho a la asistencia letrada? El TEDH ha entendido que el derecho a un proceso equitativo requiere de manera general, a los efectos del art. 6 CEDH, que el sospechoso goce de la

---

<sup>280</sup> Por eficiencia debemos entender la capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado. Sin embargo el concepto efectividad admite dos posibilidades, en primer lugar, capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera y en segundo lugar, efectividad en cuanto realidad, validez. Diccionario de Lengua Española de la Real Academia Española, (ref. de 30 de abril 2012), disponible en Web: [www.rae.es](http://www.rae.es).

<sup>281</sup> Podría pensarse en determinadas excepciones a la disponibilidad del derecho a la libre elección de letrado. La incomunicación es su mayor exponente en la Ley Procesal Penal española. Sin embargo, al margen de situaciones excepcionales como la anterior, si el defendido refrenda la actuación del cuestionado letrado, pese a las advertencias del órgano judicial, deberá respetarse su legítima decisión. Más complicado resulta el refrendo de quien ostente la representación legal del sujeto defendido, donde el papel que el Ministerio Fiscal está llamado a desempeñar resulta fundamental.

posibilidad de ser asistido por un abogado desde el momento de su ingreso bajo custodia o prisión provisional<sup>282</sup>. Quiere esto decir que, desde el momento en que el acusado es privado de libertad ha de contar con la asistencia de un abogado, al objeto de realizar: la discusión del asunto, la organización de la defensa, la búsqueda de pruebas favorables al acusado, la preparación de los interrogatorios, “*el apoyo del acusado en peligro*”<sup>283</sup> y el control de las condiciones de detención, puesto que tales funciones son elementos fundamentales de la defensa que el abogado debe ejercer libremente (STEDH de 13 de octubre de 2009, Caso Dayanan c. Turquía, transcrito de la citada STEDH, Caso Adamkiewicz c. Polonia). Sin embargo, entiende el TEDH que, sin menoscabar la importancia que deba concederse a la relación de confianza entre un abogado y su cliente, el derecho a elegir dicho profesional no debe considerarse absoluto. Se halla necesariamente sujeto a determinadas limitaciones, y entre ellas, a la decisión del órgano judicial competente acerca de si, en interés de la justicia, el acusado debe ser defendido por un letrado de oficio (STEDH, de 20 de enero de 2005, Caso Mayzit contra Rusia)<sup>284</sup>.

De otro lado, en cuanto a la Convención, el art. 9.2 regula la materia objeto de análisis al disponer el derecho de toda persona, a las siguientes garantías mínimas:

- La concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la

---

<sup>282</sup> El concepto de ingreso bajo custodia entendemos se corresponde con la medida cautelar de detención, sea gubernativa u ordenada por la autoridad jurisdiccional competente.

<sup>283</sup> Creemos que se refiere, tanto al apoyo moral que pueda brindar el letrado a quien se encuentra privado de libertad, como principalmente a la función que el profesional pueda realizar a fin de evitar posibles vulneraciones de derechos fundamentales de tales sujetos. Una vez más, encontramos claros ejemplos de la absoluta falta de rigor en la traducción de determinados conceptos.

<sup>284</sup> Asimismo, la STEDH, de 25 septiembre 1992, Caso Croissant contra Alemania, creemos aporta algo más de claridad sobre que debemos entender por “un asesor elegido por el propio tribunal”.



preparación de su defensa<sup>285</sup>.

- El derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor<sup>286</sup>.
- El derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.
- El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

De esta forma, y en conexión con lo expuesto anteriormente hemos de significar, como manifiesta la propia CIDH, la rebaja de garantías procesales que se produce en los procesos seguidos ante la jurisdicción militar, las cuales podrían agruparse esencialmente en la consecución de restricciones a la labor de la defensa junto a la escasa posibilidad de presentar pruebas de descargo. La presencia de obstáculos a la comunicación libre y privada entre el acusado y su defensor, en el marco de un proceso a cuyo frente se sitúan los denominados jueces “sin rostro”; la imposibilidad de acceder a los expedientes, mediando un tiempo suficiente para preparar adecuadamente las estrategias defensivas, vulnerándose, por tanto, el derecho de defensa del acusado (SCIDH de 25 de noviembre de 2004, Caso Lori Berenson Mejía c. Perú).

---

<sup>285</sup> Puede acudir a la SCIDH de 30 de mayo de 1999, Caso Castillo Petrucci y otros c. Perú, cuando tras soslayar el escaso tiempo dado a los defensores, declara vulnerado el art. 8.2 c) de la Convención, puesto que la notificación de que la sentencia sería emitida al día siguiente a aquél en que el abogado pudo acceder al expediente, ponía en duda “la seriedad de la defensa” y la volvían ilusoria. Asimismo, declara que los abogados defensores sólo pudieron entrevistarse con sus defendidos una vez que se produjo la declaración instructiva, en presencia de militares que ‘rastrillaban’ sus armas y que podían oír cuanto conversaban con ellos, con la consiguiente vulneración de las garantías mínimas de defensa. Continúa afirmando la referida resolución que, en casos en que, como en el presente, ha quedado demostrado que los abogados defensores tuvieron obstáculos para entrevistarse privadamente con sus defendidos, la CIDH ha declarado que hay violación del art. 8.2.d de la Convención.

<sup>286</sup> Respecto del derecho a la elección de un abogado defensor en el fuero militar, durante el proceso seguido ante el fuero civil por el delito de terrorismo, puede acudir a SCIDH de 17 de septiembre de 1997, Caso Loayza Tamayo c. Perú. No obstante, la libre elección de letrado de confianza en el proceso seguido ante la jurisdicción ordinaria, contempla la citada Sentencia la vulneración del art. 8 de la Convención, tomando como referencia los obstáculos presentados en el acceso al expediente y el derecho a ejercer la defensa en forma amplia y libre. Asimismo, SCIDH de 18 de agosto de 2000, Caso Cantoral Benavides c. Perú.

A nivel comunitario, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, dispuso conceder carácter jurídico vinculante a la Carta de los Derechos Fundamentales. A tal efecto, modifica el art. 6 del Tratado de la Unión Europea, el cual queda delimitado del siguiente modo:

*“La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados (...).*

*Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.”*

De esta forma, en línea de principios, la Carta recoge el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un juez imparcial<sup>287</sup>, entre otras cuestiones de índole procesal, en su art. 47:

*“Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.*

*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.”*

Continúa el precepto reconociendo el derecho a la asistencia jurídica gratuita, en base a dos criterios: el primero de índole económica, no disponer de recursos suficientes, y un segundo requisito que se residencia en que ésta sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la Justicia. Se trataría, lógicamente, de una regulación más

---

<sup>287</sup> Por el contrario, la versión en inglés hace referencia al derecho a la tutela judicial efectiva (*right to have an effective remedy*) y al justo proceso (*fair trial*), título que quizás se encuentra en mejor sintonía con el contenido del precepto que el propuesto por la versión española. (ref. de 15 de marzo de 2012), disponible en Web: [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).

acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva, que las consideraciones anteriormente expuestas respecto de la STEDH, de 24 de mayo de 1991, Caso Quaranta c. Suiza.

Por último, el art. 48 CEDF centra su atención tanto en la presunción de inocencia como en el derecho de defensa. Respecto del primer párrafo, todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. Respecto del segundo párrafo, se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa.

De esta forma, y en desarrollo de lo anterior, la Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea (en adelante la Propuesta) centra sus líneas de actuación en cuatro grandes bloques desde donde comenzar la armonización de las legislaciones procesales penales de los diversos Estados Miembros.

Las materias propuestas son las siguientes:

a) Asistencia de abogado, tanto antes del proceso como durante el proceso.

Dado que las normas que rigen el acceso a la asistencia letrada varían de un Estado Miembro a otro, se propone un acuerdo a escala comunitaria a partir del cual agilizar dicho acceso. Los arts. 2 a 5 recogen los particulares que informan la regulación del derecho a la asistencia letrada. De esta forma, dispone el art 2:

- 1. “Una persona sospechosa tiene derecho a la asistencia de un abogado cuanto antes y a lo largo de todo el proceso penal, en caso de que desee recibirla.*
- 2. Una persona sospechosa tiene derecho a la asistencia de un abogado antes de contestar a preguntas relativas a los cargos.”*

Derecho que se articula a partir del momento en que las autoridades competentes de un Estado Miembro comuniquen a una persona que se le considera sospechosa de haber cometido un delito y continuará durante todo el proceso penal en cuestión (art. 1). Se reconoce entonces el derecho a rechazar la asistencia de abogado y, por ende, el derecho a la autodefensa, si bien, al objeto de salvaguardar la equidad del proceso, los Estados Miembros garantizarán la disponibilidad de la asistencia de letrado a cualquier persona sospechosa que (art. 3):

- esté en prisión preventiva antes del juicio,
- haya sido formalmente imputada de la comisión de un delito que implique una compleja situación fáctica o jurídica o sujeto a una pena grave, en particular cuando en un Estado Miembro el delito se castigue con una pena de más de un -año de cárcel.
- sea objeto de una orden de detención europea o de una solicitud de extradición o de otro procedimiento de entrega.
- se trate de un menor o sea evidente que la persona sospechosa no puede comprender o seguir el fondo o el significado del proceso por su edad o su estado mental, físico o emocional.

El art. 4 de la Propuesta establece la obligación de garantizar la eficacia de la asistencia de abogado, mediante la cualificación profesional prevista en la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado Miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título, así como previendo la posibilidad de sustitución del letrado cuya asistencia haya devenido eficaz<sup>288</sup>.

Concluye el presente bloque bajo el rótulo “*Derecho a la asistencia de abogado gratuita*” (art. 5), haciendo depender la asistencia letrada con cargo a fondo público, parcial o total, del hecho de que los costes de la misma resulten excesivamente onerosos para la persona sospechosa o las personas a su cargo.

Los Estados Miembros podrán investigar posteriormente si los medios económicos de la persona sospechosa le permiten contribuir a los costes de la asistencia de abogado con vistas a recuperar la totalidad o una parte de los mismos. Sobre la prueba de la excesiva onerosidad de la asistencia letrada, se deja al arbitrio de los diferentes Estados Miembros los mecanismos de constatación de tales circunstancias.

---

<sup>288</sup> En el Punto 59 de la Propuesta, tras advertir que el sospechoso no siempre está en condiciones de evaluar la eficacia de la defensa y representación efectuada por su abogado, se hace recaer la responsabilidad de establecer un sistema para comprobar el grado de eficacia en los propios Estados Miembros.

b) Acceso a la interpretación y a la traducción gratuitas<sup>289</sup>.

Derecho a la interpretación gratuita que se garantiza a la persona sospechosa que no comprenda la lengua del proceso, y que se expande hasta la propia asistencia de abogado recibida a lo largo de todo el proceso penal.

Asimismo, se reconoce el derecho a traducción gratuita de los documentos que según las autoridades competentes sean pertinentes traducir (art. 7), garantizándose la exactitud de la traducción e interpretación mediante la obligación impuesta a los Estados Miembros de asegurar que los traductores e intérpretes empleados estén suficientemente cualificados (art. 8). Por último, cuando el proceso se lleve a cabo a través de un intérprete, los Estados Miembros velarán porque se efectúe una grabación de audio o vídeo para garantizar el control de calidad (art. 9).

c) Prestación de atención apropiada a quienes no sean capaces de comprender o seguir el procedimiento.

Para salvaguardar la equidad del proceso, la persona sospechosa que no pueda entender el contenido o significado del proceso, debido a su edad o estado mental, físico o emocional, recibirá atención específica al respecto (art. 10). A tal efecto, se propone delimitar la obligación que compete a los Estados Miembros de realizar grabación de audio o vídeo de cualquier interrogatorio que se haga a tales personas, instituyéndose el derecho a la asistencia médica a las mismas en el citado precepto.

d) Derecho a la comunicación.

Se reconoce el derecho de la persona sospechosa que se encuentre en situación de privación de libertad a informar, cuanto antes, el hecho de su privación de libertad a su familia, personas asimiladas a su familia o a su lugar de trabajo (art. 12). A su vez, también se garantiza el derecho a disponer de la oportuna comunicación de los anteriores extremos a las autoridades consulares del país de origen del sujeto privado de libertad (art. 13).

---

<sup>289</sup> Véase la Directiva del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de Octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.

Algunas observaciones al respecto. En primer lugar, la utilización del término “*prisión preventiva*” podría producir cierta confusión. Mientras el art. 12 de la Propuesta, que establece la comunicación efectuada a las anteriores personas, respecto de una situación de privación de libertad, hace única referencia al citado término, el art. 13 de la misma legitima a la “*persona sospechosa detenida*” para efectuar la comunicación de la situación de detención a las autoridades consulares competentes. A tal efecto, convendría una más precisa traducción, al idioma español, que sepa diferenciar los institutos de la detención y la prisión preventiva previstos en la Ley Procesal Penal española, puesto que no queda lo suficientemente definido a qué medida cautelar se refiere el art. 12 de la Propuesta. Si es que se refiere a alguna en concreto.

En segundo lugar, una interpretación literal del precepto podría sostener que tan solo ante situaciones en que se acuerde la prisión preventiva, entendida según prevé la anterior Ley Rituaria, resultaría posible comunicar tales extremos, reservando la comunicación de la situación de detención tan solo a las autoridades consulares competentes. Lo cual resultaría un auténtico sinsentido.

En tercer lugar, preferimos identificar la argumentación desarrollada en el art. 12 de la Propuesta directamente con la mera situación de privación de libertad, es decir, sea como consecuencia de una decisión judicial de prisión provisional, mediando resolución judicial al efecto, o bien, aquélla que trae causa en una detención acordada por la autoridad gubernativa o incluso por órgano judicial competente. En otras palabras, hacer recaer el acento protector en la situación genérica de privación de libertad, pues resulta ser el presupuesto primario que hace surgir el derecho a la comunicación, y ello con independencia del órgano, gubernativo o jurisdiccional, que acuerde practicar la situación de privación de libertad y de la normativa que, una vez resuelta la privación de libertad, informe el procedimiento y régimen de la medida.

e) Notificación a las personas sospechosas de sus derechos: la Carta de derechos.

Todas las personas sospechosas deberán recibir información escrita de sus derechos procesales inmediatos, y entre ellos, los derechos anteriormente comentados.

En conexión con el derecho a interpretación y traducción gratuitas, un modelo de “*Carta de Derechos*” habrá de figurar escrita en todas las lenguas oficiales de la

Comunidad. El Anexo A de la Propuesta sugiere una determinada redacción para dicha Carta de Derechos común a los diversos Estados Miembros.

Finaliza el art. 14 de la Propuesta estableciendo el procedimiento de entrega y formalización del documento:

*“Los Estados miembros requerirán que tanto el agente del orden como la persona sospechosa, si lo desea, firmen la Carta de derechos, como prueba de su ofrecimiento, entrega y aceptación.*

*La Carta de derechos deberá presentarse por duplicado: una copia (firmada) para el funcionario de aplicación de la ley y la otra copia (firmada) para la persona sospechosa. Se consignará por escrito en el expediente que la Carta de derechos se ofreció a la persona sospechosa y si ésta efectivamente acordó firmarla.”*

De otro lado, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y el derecho de comunicación en el momento de la detención (en adelante la Propuesta de Directiva) aspira a regular aspectos previamente contemplados en los anteriores instrumentos comunitarios, por ejemplo el acceso a un abogado en los procesos penales, o el propio derecho de comunicación, ahora sí, con una terminología más precisa respecto de la medida cautelar a la que aporta contenido.

A su vez, trata materias no contempladas en las regulaciones recientemente expuestas, tales como la confidencialidad de la relación abogado-cliente, ciertamente sometida a debate entre la opinión pública española, tanto antes como con posterioridad al pronunciamiento de la STS de 17 de enero de 2012.

De esta forma, la regulación propuesta sería aplicable a partir del momento en que las autoridades competentes de un Estado Miembro ponen en conocimiento de una persona, mediante notificación oficial u otro medio, que es sospechosa o que se le acusa de haber cometido una infracción penal. En otras palabras, con el traslado de cargos efectuado por autoridad competente, que del tenor de la Propuesta de Directiva, no tiene porqué tratarse de un órgano judicial. Y se mantiene hasta la conclusión del proceso, es decir, hasta la decisión definitiva que determina si el sospechoso o el acusado han

cometido o no la infracción, incluidas cuando proceda, la imposición de la condena y la resolución de cualquier recurso.

Se regulan, en primer lugar, las materias previamente previstas en los citados instrumentos: el derecho de acceso a un abogado en los procesos penales (art. 3), lo cual incluye el derecho de acceso a un abogado en los procedimientos de ejecución de una orden de detención europea (art. 11), el desarrollo del contenido del derecho a la asistencia letrada (art. 4), el derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 12) así como la posibilidad de renunciar, allí donde fuera renunciabile, al derecho a la asistencia letrada (art. 9), rodeándose dicha renuncia de las siguientes garantías:

a) que el sospechoso o el acusado haya obtenido asesoramiento jurídico previo acerca de las consecuencias de esa renuncia o haya obtenido, de otras fuentes, pleno conocimiento de tales consecuencias.

b) que tenga la capacidad necesaria para comprender esas consecuencias.

c) que otorgue la renuncia de forma voluntaria e inequívoca.

La renuncia y las circunstancias de su otorgamiento constarán en acta con arreglo a las disposiciones legales del Estado Miembro correspondiente. El cualquier caso, la inicial renuncia podrá ser posteriormente revocada en cualquier fase del proceso. Lo cual indudablemente, podría provocar determinadas suspicacias.

Remarca la propia Propuesta de Directiva, la situación en la que se encuentra el sujeto que tras prestar declaración en calidad de testigo, se formulan cargos en su contra. A tal efecto, el art. 10 dispone que tales personas tengan acceso a un abogado, proscribiendo utilizar en su contra las eventuales declaraciones que hayan podido efectuar sin ser conscientes de su condición de sospechoso o un acusado. Asimismo, se regula el derecho a la comunicación en el momento de la detención (art. 5), tanto a personas individuales como el derecho a comunicarse con las autoridades consulares o diplomáticas (art. 6).

La Propuesta de Directiva se decanta, creemos que muy acertadamente, por colocar el momento en que dicha comunicación ha de producirse en el propio título del derecho que desarrolla el precepto. Sin duda, con tales argumentos se pretende conceder



celeridad a la efectividad del citado derecho. Sin embargo, el estilo de la terminología empleada en la versión española del texto, aun cuando del espíritu de la norma es posible colegir la voluntad garantista del Legislador comunitario, no resulta muy afortunado. Si acudimos a la versión en inglés del texto, observamos que el título del art. 5 se rubrica del siguiente modo “*The right to communicate upon arrest*”, es decir, una vez efectuada la detención no en el momento mismo de la detención. En desarrollo de lo anterior, se opta por una mejor adecuación conceptual en el contenido del propio precepto, al disponer la comunicación “*lo antes posible*.” Al igual que establece la Propuesta de Decisión Marco, anteriormente comentada, que contempla dicha celeridad al prescribir que la comunicación de la situación de privación de libertad, se produzca cuanto antes.

Respecto de las materias anteriormente no reguladas, resaltamos el derecho a la confidencialidad de la relación del abogado y su cliente. El art. 7 establece que:

*“Los Estados miembros se asegurarán de que se garantiza la confidencialidad de las reuniones entre el sospechoso o el acusado y su abogado. Garantizarán además la confidencialidad de la correspondencia, las conversaciones telefónicas y demás formas de comunicación entre el sospechoso o el acusado y su abogado permitidas por la legislación nacional.”*

Sin embargo, seguidamente el art. 8 prevé un régimen de excepciones, mediando la concurrencia de circunstancias excepcionales, bajo las siguientes premisas:

- a. deberán estar justificadas por razones imperiosas derivadas de la necesidad urgente de evitar consecuencias graves para la vida o la integridad física de una persona.
- b. no podrán basarse exclusivamente en el tipo o la gravedad del presunto delito.
- c. deberán limitarse a lo estrictamente necesario.
- d. deberán limitarse al máximo en el tiempo y, en cualquier caso, no extenderse a la etapa del juicio propiamente dicho.
- e. no podrán menoscabar la imparcialidad del proceso.

Las excepciones podrán autorizarse previa adopción de una resolución motivada e individual por una autoridad judicial.

Por último, el art. 13 establece el derecho a lo que denomina “*Vías de recurso*” frente a eventuales vulneraciones del derecho de acceso a la asistencia letrada, centrando su atención en concederles máxima efectividad. Tales vías de recurso tendrán el efecto de colocar al sospechoso o acusado en la posición que hubiera ocupado de no haberse producido ese quebrantamiento, disponiendo que las declaraciones efectuadas por éste o las pruebas obtenidas en quebrantamiento de su derecho a un abogado, o cuando se haya obtenido una excepción al ejercicio de ese derecho ( art. 8), no se utilicen como pruebas en su contra en ninguna fase del proceso, a no ser que el uso de dichas pruebas no perjudique los derechos de defensa.

Sin embargo, a fecha de redacción del presente documento se formula la citada Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, de 19 de septiembre de 2013.

De esta forma, con un objeto y ámbito de aplicación más amplio que el previsto en la Propuesta de Directiva (art. 2) se regula el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y se delimita su contenido a nivel comunitario (art. 3). El derecho a la asistencia de letrado implicará respecto del sospechoso o acusado:

- a) derecho a entrevistarse en privado y a comunicarse con el letrado que lo represente, inclusive con anterioridad a que sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales. Lo cual presenta una manifiesta incertidumbre respecto de la normativa española aplicable en la materia como pusimos de manifiesto.
- b) derecho a que su letrado esté presente e intervenga de manera efectiva cuando lo interroguen.
- c) a modo de *numerus apertus*, derecho a que su letrado esté presente en las siguientes actuaciones de investigación o de obtención de pruebas, si dichas actuaciones están previstas en la normativa nacional y se exige o permite que el sospechoso o acusado asista a dicho acto:

- ruedas de reconocimiento,

- careos,
- reconstrucciones de los hechos.

Asimismo, las ya mencionadas excepciones a tales postulados, regulando las condiciones generales para su aplicación en el art. 8, las cuales:

- a) deberán ser proporcionadas y limitarse a lo estrictamente necesario.
- b) estarán rigurosamente limitadas en el tiempo.
- c) no podrán basarse exclusivamente en el tipo o la gravedad de la presunta infracción.
- d) no podrán menoscabar las garantías generales de un juicio justo.
- e) deberán ser autorizadas en virtud de resolución debidamente motivada e individual adoptada por una autoridad judicial o por otra autoridad competente, siempre que su decisión pueda ser objeto de control jurisdiccional.

De otro lado, se establece en el art. 9 la posibilidad de renunciar el derecho a la asistencia letrada, si bien, se elimina la necesidad de asesoramiento jurídico previo al respecto, entre otras cuestiones. Por último, se entiende la aplicación de la presente Directiva, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa nacional en materia de asistencia jurídica gratuita, que se aplicará de conformidad con la Carta y con el CEDH<sup>290</sup>.

Por último, el Libro Verde sobre Garantías Procesales, Bruselas, 19 de febrero de 2003 (en adelante el Libro Verde), fue el resultado de un mecanismo de consulta, realizado a diferentes estamentos, sobre la situación existente en los diversos Estados Miembros respecto de determinados derechos y garantías procesales de los sujetos sospechosos e inculcados en los procesos penales.

En la exclusiva materia que en este apartado nos ocupa, vino a entender la posición más favorable, en el ejercicio de determinados derechos, del sujeto que se encuentra efectivamente asistido por letrado, dada la posibilidad de disfrutar de una mejor

---

<sup>290</sup> Asimismo, la Directiva 2012/13/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, en cuanto a la inclusión del derecho a la asistencia letrada en el modelo indicativo de la declaración de derechos.

información, y el hecho de que la presencia de abogado facilita el respeto de los mismos.

En cuanto al momento en que se origina el derecho a la asistencia letrada, se vincula al momento de la detención, es decir, surge inmediatamente de la detención, sea policial o de otra índole, aunque, por supuesto, debe concederse un plazo razonable para que el abogado acuda al lugar en que el sujeto se encuentra detenido. Se añade, que *“un sospechoso tiene derecho a contar con representación por abogado en todas las fases de interrogatorio y declaración del proceso. Si el sospechoso hubiera declinado la oferta de asistencia por abogado en esa fase temprana y posteriormente se le imputa una infracción y aún no tiene un abogado que le represente, se le debe recordar este derecho y proporcionar un abogado cuanto antes, si desea ejercitar dicho derecho.”*

De esta forma, toda persona acusada de una infracción tiene derecho:

a) A defenderse por sí mismo, si así lo prefiere.

El derecho del acusado a defenderse por sí mismo, si así lo prefiere, se vincula con la presencia física del acusado en los procesos que contra el mismo se sigan, y ello al objeto de defenderse de manera práctica y efectiva. Aunque ciertamente reconoce el derecho a defenderse por sí mismo, sin embargo, preocupa menos, por razones obvias, la situación del inculpado que desea defenderse por sí mismo, concediéndose mayor atención a la situación contraria: el inculpado que desea contar con asistencia y representación por abogado y no puede ejercer este derecho.

b) A ser asistido por un defensor de propia elección

Este derecho solo se aplica cuando el inculpado tiene los medios suficientes para costear los servicios un abogado que asuma su representación.

c) A la asistencia jurídica gratuita

El derecho a disfrutar de la asistencia jurídica con cargo a fondo público se hace depender de dos requisitos fundamentales: la insuficiencia de recursos para litigar, de un lado, y que los intereses de la Justicia exijan la oportunidad de disponer de letrado de oficio, de otro lado.

En cuanto al requisito de la insuficiencia de medios económicos para litigar, entiende el Libro Verde que el solicitante no tiene que probar «*por encima de cualquier duda*» que carece de recursos para satisfacer los gastos derivados de su defensa. Se afirman las sustanciales diferencias en los sistemas de acreditación de las circunstancias económicas que existen en los Estados Miembros. Mientras en algunos Estados Miembros se realiza una prueba de insuficiencia de medios para establecer si el inculcado «*no tiene medios para pagar su defensa*», en otros, se concede asistencia jurídica gratuita a todo solicitante sobre la base de dos criterios: la prueba de insuficiencia de medios es costosa y la creencia de que parte de los costes podrán recuperarse del inculcado.

En cuanto al segundo requisito, el derecho a la asistencia jurídica gratuita no es incondicional, sino que por el contrario, surge siempre que el interés de la Justicia lo exija. Para la determinación de tan amplios conceptos, se acude a los parámetros anteriormente citados en la STDEH, de 24 de mayo de 1991, Caso Quaranta vs. Suiza.

Asimismo el derecho a la asistencia jurídica gratuita no confiere un derecho a la elección de abogado, si bien se resalta como algunos Estados Miembros permiten tal opción.

En cualquier caso, con independencia de la modalidad en que se produzca la designación, se pone el acento en que dicha asistencia letrada sea efectiva. No es suficiente con que el Estado designe a un abogado sino que la asistencia prestada ha de ser efectiva, debiéndose garantizar que éste tenga a su disposición los oportunos datos e informaciones que le permitan llevar a cabo su actividad defensiva. Y al efecto de salvaguardar dicha efectividad, el acusado recibirá de su abogado toda la información necesaria para comprender la naturaleza y las consecuencias de la imputación a la que se enfrenta, debiéndole advertir del:

- Derecho a guardar silencio que le asiste (o inversamente de las repercusiones adversas que puedan derivarse de su silencio).
- Las consecuencias de cualquier confesión.
- La incidencia en cualquier procedimiento ulterior de cualquier respuesta que formule.

Con especial mención en cuanto al lapso de tiempo necesario para poder preparar una adecuada estrategia defensiva, así como el tiempo transcurrido entre la formulación, el traslado de cargos y el posterior juicio, el cual no ha de resultar excesivo, tal y como propone el Libro Verde. Formulación y traslado de cargos que el propio instrumento vincula con el derecho a intérprete, rotulando de esta forma el epígrafe quinto: *“Derecho a un intérprete y/o traductor competente y cualificado (acreditado) para que el acusado conozca los cargos contra él y comprenda el procedimiento.”*<sup>291</sup>

Por último, reconoce los anteriores derechos a toda persona, independientemente de su nacionalidad y de si se encuentran legalmente en el territorio del Estado. En nuestra opinión, la afirmación no puede ser más desafortunada. Preferimos la opción *“situación irregular”* respecto de las personas que en un determinado momento no disponen de la oportuna autorización de residencia que expiden los órganos ejecutivos de los diferentes Estados.

Como advertimos, el derecho a la asistencia jurídica gratuita no es un derecho absoluto e ilimitado sino que por el contrario se trata de un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio corresponde delimitarlos al Legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias. Existe, sin embargo, un contenido constitucional indisponible para el Legislador que obliga a reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita necesariamente a quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar. Asimismo, pusimos de manifiesto la relación existente entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la asistencia jurídica pública. Ya la STC 95/2003, de 22 de mayo (F. J. 4º) dispuso que la privación del derecho a la gratuidad de la Justicia a un grupo de personas físicas que reúnan las condiciones

---

<sup>291</sup> Sobran los comentarios en cuanto a la calidad de la traducción.

económicas previstas con carácter de generalidad para acceder a tal derecho implica una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva<sup>292</sup>.

#### **IV. BREVES NOTAS DE DERECHO COMPARADO.**

Cuando acudimos al Derecho comparado podemos afirmar la modulación de las garantías que rodean la sustanciación de los procesos penales, como consecuencia del fenómeno del terrorismo<sup>293</sup>.

Como sostiene ÁLVAREZ CONDE, los atentados del 11 de septiembre en EEUU abrieron un amplio proceso de reformas legislativas en materia de lucha antiterrorista tanto en este país como en Europa que han supuesto un evidente recorte de derechos fundamentales y libertades públicas en pro de la seguridad. Estas medidas legislativas han incidido fundamentalmente en la libertad y seguridad personales, aumentándose el tiempo de duración de la detención preventiva (EEUU, Reino Unido, Francia); la tutela judicial efectiva, con la creación de Tribunales militares de excepción (EEUU), o a un proceso debido con todas las garantías al ser afectados los sistemas de recursos o de pruebas (EEUU y Reino Unido); o el secreto de las comunicaciones telefónicas y a través de Internet, permitiendo la interceptación de comunicaciones telefónicas sin mandato judicial (EEUU), admitiendo la “interceptación preventiva” (Italia) u obligando a los operadores telefónicos o las empresas de Internet a entregar registros de la actividad y correos electrónicos de los sospechosos de terrorismo (EEUU), etc. También se han aumentado las facultades tanto de los servicios secretos como de la policía en la lucha antiterrorista, facilitándose el intercambio de información entre las distintas agencias, el acceso a determinados datos de carácter personal sin autorización judicial, un mayor control sobre las comunicaciones, etc., (Italia, Alemania, Dinamarca y Francia). Finalmente, las nuevas leyes antiterroristas han incidido, en algunos casos de

---

<sup>292</sup> Sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita en referencia al derecho a la tutela judicial efectiva, y su aplicación práctica en materia de extranjería, tanto en vía administrativa como contencioso administrativa puede acudir a GUZMÁN FLUJA, «Una reflexión sobre la representación procesal del extranjero en el proceso Contencioso-Administrativo», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2005, nº 672, 2005, (ref. de 23 de abril de 2012), disponible en Web: [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es). Asimismo, MORENO CATENA, «Representación y defensa» en *Derecho Procesal Administrativo*, (con Gimeno Sendra y Sala Sánchez), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

<sup>293</sup> Para un análisis pormenorizado de la legislación que informa el Derecho comparado en materia de terrorismo, puede acudir a [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org).

manera arbitraria, en el estatus jurídico de los extranjeros residentes en estos países, permitiéndose la detención indefinida de los extranjeros sospechosos de delitos de terrorismo (Reino Unido), o incluso la detención sin cargos (EEUU)<sup>294</sup>.

La más conocida “*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA Patriot Act) Act of 2011*”, promulgado por el 107<sup>th</sup> Congreso de los Estados Unidos, primera sesión, H. R. 3162, 24 de octubre de 2001, recientemente confirmada por “*PATRIOT Sunsets Extension Act of 2011*”, firmado por el Presidente Barak H. Obama, el día 26 de mayo de 2011. A tal efecto, dicha regulación presenta un contexto determinado por los ataques producidos el fatídico 11 de septiembre de 2001<sup>295</sup>, si bien, cuenta con un bagaje histórico - normativo que conviene resaltar. Entre otros, *Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978*, Pub. L. 95-511, 92 Stat. 1783, 50 U.S.C ch. 36, o *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996*, Pub. L. No. 104-132, 110 Stat. 1214 (1996), recogida en el propio cuerpo del US Code, 28 U.S.C.A. 2261-66<sup>296</sup>.

A tal efecto, entre las reformas más importantes introducidas por *Patriot Act*: la eliminación de la separación entre la función de inteligencia dirigida hacia al exterior y la nacional; redefinición de los delitos de terrorismo; aumento de las penas; reestructuración de normas bancarias y modificación de la legislación que regula el

---

<sup>294</sup> ÁLVAREZ CONDE, «Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales», (con Hortensia González), en *ARI*, 2006, nº 7.

<sup>295</sup> Como sostiene SALAS «La ley patriótica USA», en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, ob. cit. 255 y ss., es el acto final de una cadena de acciones terroristas que han ido intensificando tanto en cuanto al nivel de violencia, como a la complejidad de la acción y de los resultados.

<sup>296</sup> Afirma SALAS «La ley patriótica USA», en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, ob. cit. 260, que esta norma responde a dos factores: la necesidad de reformar las leyes penales y procesales que tratan el terrorismo impulsado por la bomba que causó grandes daños a un edificio federal en Oklahoma City; y, en segundo lugar, la insatisfacción popular por las demoras, causadas por recursos aparentemente interminables, en casos en que la sentencia requería la imposición de la pena de muerte. Asimismo, de manera previa a la promulgación de Patriot Act, hemos de significar *Executive Order on Terrorist Financing. Blocking Property and Prohibiting Transactions with Persons who Commit, Threaten to Commit or Support Terrorism*, de 24 de septiembre de 2001, *Citizen Preparedness in War on Terrorism Executive Order*, de 9 de noviembre de 2001.



lavado de dinero (o blanqueo de capitales); y ampliación de los poderes que tienen las agencias policiales para investigar el terrorismo<sup>297</sup>.

Indudablemente la legislación comentada ha supuesto la potencial afectación de cuerpos normativos no vinculados de forma directa con la investigación criminal por causa de terrorismo, partiendo de la consideración de que la base normativa que justifica los recortes de garantías que introduce en la legislación ordinaria, se sustenta sobre una velada declaración de estado de guerra. De esta forma, se afectan no solo ámbitos de actuación tradicionalmente asumidos por la investigación criminal, véase la intervención de comunicaciones o los servicios de inteligencia, de forma conexas, el blanqueo de capitales, sino que termina por afectar a la esencia misma de las normas procesales básicas que regulan ya no la investigación sino también las normas que regulan el procedimiento por el que se enjuician y sentencian los delitos referenciados. Se da un paso más, endureciéndose el régimen excepcional que informa la investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo, y aminorándose, hasta hacerlas desaparecer las más elementales garantías procesales que disciplinan el moderno proceso penal. Asimismo, se afectan ámbitos de actuación ajenos al proceso penal, donde también se produce el efecto comentado, véase el derecho de extranjería<sup>298</sup>.

---

<sup>297</sup> Sobre la posibilidad de observación de las comunicaciones habidas entre abogado y cliente, en el marco de acciones preventivas frente al terrorismo puede acudir a *Prevention of acts of violence and terrorism*, Fed. 66. Reg. 55.062, 55.064, (ref. de 22 de noviembre de 2013), consultado en [www.law.cornell.edu](http://www.law.cornell.edu). A tal efecto, 28 CFR 501.3(d): “*In any case where the Attorney General specifically so orders, based on information from the head of a federal law enforcement or intelligence agency that reasonable suspicion exists to believe that a particular inmate may use communications with attorneys or their agents to further or facilitate acts of terrorism, the Director, Bureau of Prisons, shall, in addition to the special administrative measures imposed under paragraph (a) of this section, provide appropriate procedures for the monitoring or review of communications between that inmate and attorneys or attorneys' agents who are traditionally covered by the attorney-client privilege, for the purpose of deterring future acts that could result in death or serious bodily injury to persons, or substantial damage to property that would entail the risk of death or serious bodily injury to persons.*”

<sup>298</sup> No nos corresponde pronunciarnos sobre el principio de separación de poderes en la presente obra, si bien, resulta posible detraer algunas consecuencias que invitan a la reflexión en cuanto a la conformación de órganos judiciales *ad hoc*, previstos ya no frente al delito y sus efectos, sino frente a materias que en un determinado momento histórico, pudiera entenderse que tienen un encaje con la instrumentalización de tales tipos penales.

Por lo que respecto al Reino Unido, sin el tan ansiado animo de exhaustividad, toda una serie de normativas que traen causa directa en el fenómeno del terrorismo:

- *The Terrorism Act 2000*
- *The Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*
- *The Criminal Justice Act 2003.*
- *The Prevention of Terrorism Act 2005*
- *The Terrorism Act 2006.*
- *The Terrorism United Nations Measures Order 2006.*
- *The Counter- Terrorism Act 2008.*
- *Prevention of Terrorism Act 2005 (Continuance in force of sections 1 to 9) Order 2008.*
- *The Coroners and Justice Act 2009*
- *The Terrorism United Nations Measures Order 2009.*
- *The Terrorist Asset-Freezing Act 2010.*
- *Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011.*
- *Protection of Freedoms Act 2012.*

Tomando como punto de partida, *The Terrorism Act 2000*<sup>299</sup>, la regulación del derecho de defensa, especialmente en cuanto derecho a la asistencia letrada en fase de investigación (especialmente Schedule 8 y las sucesivas reformas introducidas en dicho cuerpo normativo), entre otras cuestiones, tales como el acceso a expedientes, o la propia contradicción procesal, admiten excepciones al normal ejercicio de los citados derechos, justificado en base a una investigación por causa de terrorismo. Sin embargo, tales normativas, que tuvieron mayor predicamento en la fecha indicada, no han sabido sobreponerse a las circunstancias actuales, a pesar de la promulgación de las referidas *Prevention and Investigation Measures Act 2011* ni en *Protection of Freedoms Act 2012*.

Respecto de la legislación procesal penal francesa, debemos significar el amplio recorrido que se dispone respecto del fenómeno del terrorismo y la delincuencia organizada, previéndose unas reglas procesales específicas que llegan a afectar la competencia jurisdiccional o bien a las garantías que asisten al sujeto detenido. De esta

---

<sup>299</sup> Con anterioridad puede acudir a *Prevention of Terrosim Acts* (1974- 1989).

forma, la *Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*<sup>300</sup>, viene a modificar el contenido, ya ínsito en el articulado procesal penal, en menor medida quizás, respecto del ejercicio de determinados derechos y garantías procesales, en el curso de una investigación por causa de terrorismo, y entre ellos el derecho a la asistencia letrada, pospuesto hasta un máximo de 72 horas desde que se produce la detención. Asimismo, el Código de Procedimiento Penal francés, dispone una serie de títulos, donde se recogen las especificidades que informan la investigación y enjuiciamiento de determinados delitos, y entre ellos, los delitos de terrorismo. De esta forma, el *Livre IV: De quelques procédures particulières*, recoge en primer lugar, *Titre XV: De la poursuite, de l'instruction et du jugement des actes de terrorisme (Article 706-16)*, y *Titre XXV : De la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées (Article 706-73 à 706-74)*, donde se contempla la debatida “garde à vue” (regulada en *LOI n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue*).

En Italia, la modificación del art. 111 de la Constitución supuso la confirmación constitucional del derecho al proceso justo, previéndose previamente a dicho reconocimiento, un modelo de investigación y enjuiciamiento penal de previsible corte acusatorio (código de procedimiento penal de 1988)<sup>301</sup>. Sin embargo, la aprobación de la Ley de 14 de diciembre de 2001, de Medidas Urgentes para Reprimir y Contrarrestar la Financiación del Terrorismo Internacional, que crea el denominado Comité de Seguridad Financiera (*Comitato di Sicurezza Finanziaria*)<sup>302</sup> y la Ley de 15 de

---

<sup>300</sup> Asimismo, *Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne* y *Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure*, *Loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme*.

<sup>301</sup> En cuanto al derecho al proceso justo y su incidencia en la materia del terrorismo, puede acudir a MELCHIONDA, «La legislación italiana en materia de terrorismo: experiencia y balance» en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, ob. cit. 209 y ss.

<sup>302</sup> Asimismo, Ley de 14 de febrero de 2003, n° 34, que contiene la Ratificación y ejecución de la Convención Internacional para la represión de los atentados terroristas mediante la utilización de explosivos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 15 de diciembre de 1997, y normas de adecuación del ordenamiento interno. Respecto de la citada normativa, AMATO G., «Nozione di «reato politico» fuori gioco ai fini della concessione dell'extradizione», en *Guida al diritto*, fasc. n° 13, p. 37 ss. Cit. ut supra PECCIOLI, A., «Lotta agli attentati terroristici mediante ordigni esplosivi: le modifiche al codice penale», en *Dir. pen. e proc.*, 2003, 935 ss. Cit. ut supra MELCHIONDA, «La legislación italiana en materia de terrorismo: experiencia y balance» en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, ob. cit. 209 y ss.

diciembre de 2001, sobre Disposiciones Urgentes para Contrarrestar el Terrorismo Internacional, han supuesto la introducción de elementos excepcionales en la normativa penal y procesal penal<sup>303</sup>. Entre las más significativas reformas introducidas en el Código de Procedimiento Penal de 1988<sup>304</sup>, la duración y secreto de las investigaciones preliminares, el modelo aplicable a las medidas cautelares personales, un régimen de interceptación de comunicaciones excepcional, donde las garantías que informan la investigación de los delitos comunes se atenúan, la utilización del agente encubierto, así como un sistema en cuanto a la formación de la prueba y la intervención del acusado en los debates, que suponen la afectación de su derecho de defensa.

---

<sup>303</sup> Para un análisis del contenido de esta medida ver CUPELLI, «Il nuovo art. 270-bis c.p.: emergenze di tutela e deficit di determinatezza», en *Cass. pen.*, 2002, 897 ss.; FILIPPI, «Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione. Profili processuali», en *Dir. Pen. e proc.*, 2002, 163 ss.; FRIGO, G., «Le nuove anomalie intaccano l'edificio in restauro», en *Guida al diritto*, 2001, n° 42, p. 93 ss.; LAUDI, M., «Per combattere il terrorismo internazionale l'Italia rinnova i suoi strumenti investigativi», en *Guida al diritto*, 2001, fasc. n° 42, 5 ss.; MELILLO, G., «Le recenti modifiche alla disciplina dei provvedimenti relativi ai delitti con finalità di terrorismo o di eversione», en *Cass. pen.* 2002, 904 ss.; PIEMONTESE y QUATTROCOLO, «Disposizioni urgenti» di contrasto al terrorismo internazionale», en *Legislazione penale*, UTET, Torino, 2002, p. 63 ss. PIEMONTESE, RUGGIERI, QUATTROCOLO y MANZIONE, «Commento al D.I. 18.10.2001 n° 374», en *Legislazione penale*, UTET, Torino, 2002, 777 ss.; PISTORELLI, «Intercettazioni preventive ad ampio raggio ma inutilizzabili nel procedimento penale», en *Guida al diritto*, 2001, fasc. n° 42, 83 ss.; *Cit. ut supra* MELCHIONDA, «La legislación italiana en materia de terrorismo: experiencia y balance» en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, ob. cit. 209 y ss.

<sup>304</sup> ORLANDI, «La lucha procesal penal contra la criminalidad organizada en Italia» en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, ob. cit. 467 y ss.

## **CAPÍTULO TERCERO:**

### **LA SUSPENSIÓN PREVISTA RESPECTO DEL CONTENIDO DEL ART. 17.2 CE**

## SUMARIO

### **I. LA MEDIDA CAUTELAR DE DETENCIÓN.**

1. Finalidad perseguida a través de la medida cautelar de detención; 2. Naturaleza cautelar de la medida; 3. Las causas de detención previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

### **II. LÍMITES TEMPORALES QUE INFORMAN LA DETENCIÓN PREVENTIVA PRACTICADA POR LA AUTORIDAD GUBERNATIVA**

1. Límite temporal ordinario que preside la detención por delitos comunes; 2. La posibilidad de prorrogar el plazo máximo de detención: 2.1. Límite temporal de detención respecto de los tipos delictivos contenidos en el art. 384 bis LEcrim; 2.2. Acerca de los plazos de detención y prórroga; 3. Determinación de los órganos judiciales competentes para acordar la prórroga de la detención; 4. La necesaria intervención judicial.

### **III. LA ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO.**

### **IV. OTROS DERECHOS QUE ASISTEN AL SUJETO DETENIDO.**

### **V. EL PROCEDIMIENTO DE HABEAS CORPUS**

1. Presupuesto material del procedimiento de habeas corpus: la detención.
2. La incoación del procedimiento de habeas corpus.
3. Determinación de los órganos judiciales competentes para conocer del procedimiento de habeas corpus.

### **VI. LA DETENCIÓN INCOMUNICADA**

1. Principios que informan la constitucionalidad de la medida: 1.1. El principio de necesidad y la detención incomunicada; 1.2. La exigencia de motivación respecto de las resoluciones que acuerdan la detención en régimen de incomunicación: a) Cuestiones doctrinales; b) La afectación de derechos que la inobservancia de la exigencia de motivación conlleva; c) Motivación por remisión;
2. Derechos afectados a consecuencia de la detención acordada en régimen de incomunicación: a) Garantías frente a eventuales vulneraciones de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 15 CE; b) La asistencia sanitaria al sujeto privado de libertad en situación de incomunicación; c) La confidencialidad de la relación médico-paciente; d) La video-grabación del espacio donde se encuentre el sujeto privado de libertad en régimen de incomunicación; e) La articulación de un sistema de recursos real y efectivo; 3. A modo de conclusión; 4. La finalidad de la detención incomunicada y el ejercicio del derecho de defensa del sujeto sometido a incomunicación; 5. Límites temporales previstos para la detención incomunicada; 6. Determinación de los órganos gubernativos y judiciales competentes para acordar la incomunicación del detenido; 7. Procedimiento de elevación de mera detención al régimen de detención incomunicada en los supuestos del art. 384 bis LEcrim; 8. Apunte final.

## **I. LA MEDIDA CAUTELAR DE DETENCIÓN.**

El ordenamiento jurídico español no contiene una definición positiva del concepto de detención, limitándose tanto la Constitución española (art. 17.1), como la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 489), a establecer una acepción negativa del mismo, por cuanto, ninguna persona podrá ser detenida sino en los casos y formas que las propias leyes prescriban. La idea que preside el concepto de detención se corresponde con la limitación de la libertad ambulatoria, considerada ésta en términos absolutos. La detención, en sentido genérico, consiste en palabras del Tribunal Constitucional en: *“cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita”* (STC 98/1986, de 10 de julio (F. J. 4º)).

Trae causa entonces en la posible comisión de un hecho delictivo aun no comprobado, o bien, cuya comprobación se pretende. Afirmaciones que deben ser completadas por la vertiente procesal que informa la configuración del concepto: la detención se produce en el marco de un proceso penal o bien orientado hacia su apertura. Podemos convenir entonces con MORENO CATENA en cuanto al concepto de detención: aquella medida cautelar personal, que se puede adoptar como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo, antes incluso de haberse incoado un proceso penal, y que consiste en la privación de libertad ambulatoria de una persona por un corto período de tiempo<sup>305</sup>.

Por su parte el Tribunal Supremo, desde una perspectiva procesal, ha sostenido que “*la detención es una medida cautelar realizada en el curso de un procedimiento penal o en función de su incoación, preordenada básicamente a garantizar la futura aplicación del ius puniendi*” (STS de 16 de octubre de 1993). Desde nuestra perspectiva, en modo alguno pueden asumirse tales argumentos, pues se trataría de una visión sesgada de la realidad que informa la medida cautelar de detención por las razones que a continuación se exponen.

### **1. Finalidad perseguida a través de la medida cautelar de detención.**

La segunda idea que informa el concepto jurídico de detención se corresponde con los fines subyacentes en la medida cautelar de detención.

El primero de ellos: el aseguramiento del detenido, el cual tiende a manifestarse desde una doble perspectiva: se pretende asegurar la persona del detenido, limitando su libertad deambulatoria, y de esta forma, garantizar la futura aplicación del *ius puniendi*. Se trataría de asegurar el éxito de las investigaciones que se vienen desarrollando, mediante una detención que, acordada en tiempo, forma y respetando las garantías que delimitan su práctica, coadyuve en el quehacer investigador y enjuiciador. Con esto se quiere significar que, normalmente, dicho aseguramiento se contempla desde la perspectiva de la privación de libertad y al objeto de asegurar tanto el éxito de las investigaciones como una posible futura condena. Ambas posturas están indudablemente interrelacionadas.

---

<sup>305</sup> MORENO CATENA, «Las medidas cautelares. La detención», en *Derecho procesal penal*, ob. cit. p. 271.

Ahora bien, junto con la citada finalidad aseguradora convive la otra vertiente de la detención, es decir, aquella finalidad que refiere la puesta a disposición judicial del sujeto detenido. Entender la detención exclusivamente desde el punto de vista de la limitación de la libertad deambulatoria, el aseguramiento de la persona y quizás del éxito de la investigación, supondría reducir la detención al mero cuerpo, olvidando parte del alma, que en el momento actual de la ciencia jurídica, hemos creído conveniente otorgar en garantía de los derechos fundamentales de las personas: la puesta a disposición judicial.

Para completar el concepto, acorde con los postulados constitucionales, la detención está orientada hacia el aseguramiento de la persona del detenido y a su inmediata puesta a disposición judicial. Ambas razones podrán informar positivamente el éxito de la investigación. A tal fin, sostiene ARAGONESES MARTÍNEZ que la detención supone una privación de libertad consistente en la puesta a disposición judicial de aquellos sujetos que se encuentren comprendidos en alguno de los casos previstos en la ley<sup>306</sup>.

Dada la materia que nos ocupa, no ahondaremos en desarrollar el contenido de detenciones ajenas a aquélla acordada preventivamente por la autoridad gubernativa, por lo que, brevemente apuntado lo anterior, veamos ahora los extremos que informan la detención preventiva practicada por la autoridad gubernativa.

Una interpretación literal de los arts. 17.2 CE y 520.1 LEcrim podría inducir a pensar que la finalidad de la detención preventiva practicada por la autoridad gubernativa se correspondería exclusivamente con el esclarecimiento de unos hechos, presuntamente delictivos, que se vienen investigando. Cuestión distinta serían los casos de detenciones policiales ordenadas por razón de fuga o rebeldía, donde la finalidad esencial de tales medidas radicaría entonces en la puesta a disposición judicial del sujeto detenido. Por tanto, del tenor literal de la citada legislación podemos concluir que la finalidad latente en la detención efectuada por la autoridad gubernativa poseería una doble virtualidad dependiendo de la causa que motive la adopción de la medida. Nada más lejos de la realidad. Ya hemos advertido la finalidad subyacente en la figura jurídica que analizamos, personal, por un lado, y de garantía, por otro lado. Sin embargo, resta conectar tales ideas con el sentido gramatical de los textos normativos que regulan la

---

<sup>306</sup> ARAGONESES MARTÍNEZ, «El sumario (III). Las medidas cautelares» en *Derecho Procesal Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007, p. 396.



figura que analizamos, es decir, pronunciarnos acerca de los plazos que contempla la legislación comentada.

En efecto, los plazos que informan la práctica de la detención vinculan ambas vertientes, es decir, el aseguramiento personal no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario, con la vista puesta en la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. La conjunción “*para*” enlaza la finalidad de la detención con el plazo que informa la misma. Igualmente ocurre con la garantía judicial que se predica de toda detención practicada conforme a Derecho, expresa alusión a la garantía temporal citada en conexión con la garantía de puesta a disposición judicial, o de no proceder ésta, al desvanecimiento de la vertiente que hemos convenido llamar personal, en cuanto produce el aseguramiento de la persona del detenido.

Desde la perspectiva del CEDH podemos observar que la finalidad de la detención preventiva se corresponde con la puesta a disposición judicial del detenido (art. 5.1.c) CEDH), una vez se manifiesta, mediante racionales indicios, la existencia de unos hechos delictivos y su conexión con el sujeto a detener; o bien concurriendo la necesidad de asegurar la persona del detenido al objeto de impedir nuevas infracciones o frustrar una posible huida tras la comisión del algún ilícito penal.

El propio art. 5.1. c) CEDH viene a establecer que:

*“Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:*

*c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.”*

La puesta a disposición judicial del sujeto detenido se vincula con la existencia de unos hechos delictivos y su conexión con el sujeto a detener, entre otras opciones. Nótese que la conjunción final “*para*” se predica de la puesta a disposición judicial en el propio CEDH, mientras en el ordenamiento jurídico español aparece en los términos anteriormente expuestos, es decir, la detención preventiva no podrá durar más del

tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos (art. 502.1 LEcrim)<sup>307</sup>.

En efecto, resta conectar el aseguramiento personal al que hicimos referencia con la propia puesta a disposición judicial del detenido. Se produce el aseguramiento porque se sospecha la comisión delictiva, y es en base a dicho aseguramiento por lo que se ha de poner al sujeto detenido a inmediata disposición judicial. Ya dijimos que una interpretación literal del específico articulado previsto tanto en la Constitución española como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la detención preventiva invita a argumentar a favor de la forma descrita anteriormente, alejándose de las premisas establecidas en el CEDH. De la lectura de tales preceptos no es posible concluir el carácter final de la obligatoriedad de puesta a disposición judicial del detenido, sino relacionando ambas ideas y en conexión con los plazos legales que informan la duración de la medida. La puesta a disposición judicial se configuraría entonces en garantía de los derechos del detenido. Asimismo, puede acudir, con mejor técnica jurídica, al art. 9.3 PIDCP:

*“Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad.”*

El propio CEDH utiliza una terminología también más precisa que la citada legislación, por cuanto, de forma expresa, menciona la puesta a disposición judicial como la finalidad esencial latente en la medida cautelar de detención, como anteriormente indicamos.

## **2. Naturaleza cautelar de la medida.**

La detención se configura entonces como una medida cautelar de naturaleza personal que atiende a los parámetros que a continuación se desarrollan. En cuanto a las

---

<sup>307</sup> En tal sentido, cabe traer a colación la STEDH, de 29 de noviembre de 1988, Caso Brogan y otros c. Reino Unido, donde se vino a afirmar que la finalidad de la detención practicada por la autoridad gubernativa es la puesta a disposición del sujeto detenido ante la autoridad judicial competente.

características que informan las medidas cautelares<sup>308</sup>, pueden ser reconducidas a las siguientes:

- Instrumentalidad respecto de un proceso posterior.
- Provisionalidad que informa su vigencia.
- Proporcionalidad en su adopción.

En cuanto a los presupuestos de las medidas cautelares visualizamos:

- Existencia de una imputación previa (*fumus boni iuris*). La medida ha de venir presidida por racionales indicios que denoten la existencia de unos hechos de carácter delictivo, que a su vez, conecten la persona del detenido con los mismos.
- *Periculum in mora* o necesidad de conjurar el riesgo derivado de una resolución tardía que pudiera provocar la ineficacia de la resolución definitiva.
- Acordada mediante resolución judicial, lo cual no es óbice para que la autoridad gubernativa pueda acordar la medida cautelar de detención si bien por un estricto período temporal limitado y con la finalidad, en principio, de poner al detenido a disposición judicial sin la menor dilación.

### **3. Las causas de detención previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.**

Las causas que fundamentan la detención se recogen expresamente en los arts. 490 y 492 ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De la lectura del primero de los preceptos mencionados podemos concluir que sus siete apartados pueden ser reconducidos a tres, por cuanto la autoridad gubernativa tendrá obligación de detener en los casos de flagrancia (apartados 1 y 2), fuga (apartados 3, 4, 5, y 6) o rebeldía (apartado 7).

En cuanto al segundo precepto, tal obligación se refiere a los siguientes casos:

- Respecto del sujeto procesado, en atención a la cuantía de la pena señalada al delito, o bien aun en los casos de pena menos grave, si se deduce por sus antecedentes o por las circunstancias del hecho, que no comparecerá cuando fuese llamado por la autoridad judicial.

---

<sup>308</sup> MORENO CATENA, «Las medidas cautelares. La detención», en *Derecho procesal penal*, ob. cit., pp. 263 y ss.

- Cuando se tengan motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito, así como su conexión con la persona a quien se pretende detener. Una racionalidad que aporta, a priori, los suficientes argumentos como para descartar la arbitrariedad de la detención en un momento inicial.

## **II. LÍMITES TEMPORALES QUE INFORMAN LA DETENCIÓN PREVENTIVA PRACTICADA POR LA AUTORIDAD GUBERNATIVA.**

La suspensión prevista en el art. 55.2 CE para los casos de investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas hace mención expresa a los límites temporales contenidos en el art. 17.2 CE para la puesta a disposición judicial del detenido:

*“La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.”*

Debemos partir entonces de la consideración de un plazo general, que informa la detención por delitos comunes, y una posibilidad excepcional de prorrogar judicialmente dicho plazo, que ha sido diseñada exclusivamente para los supuestos delictivos mencionados (art. 520 bis 1 LEcrim). Como ha soslayado el propio Tribunal Constitucional el sometimiento de la detención a plazos persigue la finalidad de ofrecer una mayor seguridad de los afectados por la medida, evitando así que existan privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada (STC 288/2000, de 27 de noviembre (F. J. 3º)).

Veamos entonces determinados aspectos que presenta la materia objeto de análisis.

### **1. Límite temporal ordinario que preside la detención por delitos comunes.**

Como apunta el citado precepto constitucional, se establece una doble acotación en cuanto al plazo que informa la detención preventiva. Por un lado, encontramos un primer límite temporal de carácter relativo según el cual la detención no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario; todo ello orientado a un fin, como es la

consecución de las oportunas averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Evidentemente, la determinación de tal período habrá de ser ponderada según los casos. Por otro lado, el límite máximo de tiempo que podrá durar la detención se residencia en las primeras setenta y dos horas a contar desde el momento en que ésta se hizo efectiva, se haya procedido al referido esclarecimiento o no. La literalidad del art. 17.2 CE permite remarcar aún más las anteriores precisiones: si el plazo relativo se conecta con la finalidad de aseguramiento e investigación que informa la medida cautelar, el plazo absoluto hace lo propio respecto de la puesta a disposición judicial. Sin embargo, tras el agotamiento de uno u otro plazo, según las circunstancias, el detenido habrá de ser puesto en libertad o a disposición judicial. Como podrá deducirse, el exceso en cualquiera de ambos plazos, relativo o absoluto, provocará la tacha de arbitrariedad en la detención al haberse sobrepasado el límite temporal indispensable para poner al sujeto detenido a disposición de la autoridad judicial. Decae la cobertura constitucional que informa la detención, pudiendo exigirse las eventuales responsabilidades al respecto.

Hasta aquí han quedado apuntadas las notas que informan, someramente, el precepto constitucional analizado. Veamos ahora que nos depara el estudio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

*Art. 496 LEcrim: “El particular, Autoridad o agente de Policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes artículos, deberá ponerla en libertad o entregarla al juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma.*

*Si demorare la entrega, incurrirá en la responsabilidad que establece el Código Penal, si la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas.”*

*Reitera el art. 520.1 LEcrim: “La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la Autoridad judicial.”*

La dualidad de plazos que presentan ambos artículos ha dado lugar a un interesante debate doctrinal, donde si bien todas las posturas parten de la idea inicial de la estricta observancia del límite relativo, en la determinación del límite absoluto se producen algunas discrepancias. Entre las principales líneas argumentales mantenidas podemos destacar esquemáticamente:

- Postura mantenida tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo. El plazo máximo que opera en las detenciones preventivas es el establecido por la propia Constitución española, esto es, el límite absoluto de las setenta y dos horas<sup>309</sup>.
- Postura que entiende que el plazo previsto en el art. 17.2 CE no sería incompatible con el art. 492 LEcrim puesto que el mandato constitucional fija, no un término, sino un plazo máximo por encima del cual no cabe legislar<sup>310</sup>.
- Posturas intermedias, según las cuales ambos plazos son compatibles en virtud del juego de los arts. 284 y 295 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puesto que comunicando la Policía el hecho de la detención al órgano judicial competente (en el plazo más breve posible, y en todo caso en veinticuatro horas), éste puede reclamar al detenido para su puesta a disposición o bien consentir tácitamente la prolongación de la detención por encima de las veinticuatro horas, hasta el límite de tiempo estrictamente necesario, y en todo caso, sin llegar a sobrepasar el

---

<sup>309</sup> Al respecto afirma el Tribunal Constitucional en STC 288/2000, de 27 de noviembre, (F. J. 3º) que *“este principio de limitación temporal, que caracteriza a todas las privaciones de libertad, viene impuesto por la Constitución con mayor intensidad, si cabe, cuando se trata de las detenciones preventivas, porque el art. 17.2 CE no se remite a la ley para que ésta determine los plazos legales - como, sin embargo, ocurre en el art. 17.4 CE respecto a la prisión provisional- sino que se ocupa él mismo de establecerlos imperativamente.”* Por su parte, el Tribunal Supremo en STS de 11 de octubre de 1988 (F. J. 2º): *“en la antinomia, debe prevalecer el texto constitucional, pero bien entendido que se trata de un plazo máximo, pues (...) la detención preventiva no podrá durar más del tiempo necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de los tres días aludidos el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. Esta es, pues, la regla fundamental: no podrá durar más del tiempo «estrictamente necesario» para dichos averiguación y esclarecimiento de los hechos.”*

<sup>310</sup> GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2007, p. 517.

máximo de setenta y dos horas que establece tanto el art. 17.2 CE como el 520.1 LEcrim<sup>311</sup>.

Dicho lo anterior, conviene ahora profundizar en el análisis que la duración del plazo máximo de detención gubernativa permite considerar, partiendo para ello de los motivos que pudieran sostener su amplitud, para en un momento ulterior, poner en relación los resultados obtenidos con el principio de proporcionalidad que ha de informar, por imperativo constitucional, toda medida limitativa de derechos fundamentales.

De esta forma, si entre los fines que informan la detención preventiva realizada por la autoridad gubernativa radica la posibilidad de que la policía practique las oportunas averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, siendo tal fin quien justifica la amplitud del plazo absoluto, lo primero que habría que preguntarse es en qué consisten tales averiguaciones<sup>312</sup>.

En primer lugar, la policía ha de proceder a la identificación del sujeto detenido, debiendo consignar y recoger las posibles fuentes de prueba del delito (art. 13 LEcrim), diligencias que, en el estado actual de la tecnología, y salvo situaciones excepcionalísimas, no debería conllevar un excesivo lapso temporal. Así se declaró en STC 341/1993, de 18 de noviembre (F. J. 6º), la cual concretamente vino a afirmar que *“las presentes diligencias de identificación, nunca podrían justificar tan dilatado período de tiempo”* (setenta y dos horas).

En segundo lugar, proceder a practicar la diligencia de declaración del detenido sobre las particularidades de los hechos cuyo esclarecimiento se pretende. Si bien en este punto, el detenido goza del derecho a no declarar o a no hacerlo sino en presencia del

---

<sup>311</sup> SALIDO VALLE, *La detención policial*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 148. Tras afirmar la compatibilidad de ambas regulaciones, el autor propone un plazo máximo de veinticuatro horas (art. 496 LEcrim) prorrogables otras veinticuatro horas mediante autorización judicial del juez de instrucción más próximo en base a la necesidad de concluir las investigaciones policiales.

Aunque coincidimos en buena parte de los planteamientos del autor, no podemos pasar por alto las razonables dudas que puede suscitar el argumento del consentimiento judicial tácito.

<sup>312</sup> A tal efecto, STS de 1 de febrero de 1995 (F. J. 2º): *“por detención policial la doctrina entiende la obligación que tienen los funcionarios de la policía judicial y de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado para privar de libertad a un imputado, sobre el que pueda presumirse su eventual incomparecencia a la autoridad judicial, durante el tiempo indispensable para practicar las diligencias de reconocimiento e interrogatorio y dentro del plazo previsto en la ley, poniéndolo en libertad o a disposición de la Autoridad judicial.”*

juez. En consecuencia, la posibilidad de realizar tal diligencia no es causa que justifique una dilación del tiempo en que puede acordarse la detención preventiva más o menos prolongada pues no aporta un elemento concluyente acerca de la conveniencia de agotar dicho límite temporal máximo.

En tercer lugar, la autoridad gubernativa vendrá obligada a conformar el atestado en el cual se habrán de expresar con la mayor exactitud: los hechos averiguados, las declaraciones e informes recibidos, las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito. Junto al atestado, la autoridad gubernativa remitirá un informe dando cuenta de las posibles detenciones anteriores y de la eventual existencia de requisitorias (art. 292 LEcrim). A efectos procesales, tales actuaciones tendrán el valor de mera denuncia.

Asimismo, tal y como se mantenía en la tercera de las posturas planteadas, de la lectura de los arts. 284 y 295 LEcrim, podemos deducir la obligación de comunicar (los citados artículos utilizan las expresiones “*participar*” y “*dar conocimiento*”) a la autoridad judicial el hecho de la detención y las diligencias de prevención que se vengán practicando por la autoridad gubernativa. Aun cuando ello no puede ser entendido como una puesta a disposición judicial, del tenor de los artículos citados deducimos la inmediatez con que la Ley requiere que dicha comunicación sea efectuada, acogiendo las siguientes expresiones, “*inmediatamente (sin cesar en la práctica de tales diligencias), no más de veinticuatro horas*” o bien aun dentro de las veinticuatro horas, sin demorarse “*más de lo necesario.*”

En consecuencia, habida cuenta de las diligencias que la autoridad gubernativa viene asumiendo durante la detención preventiva, una amplitud del límite máximo como la actual no parece tener una proporcionalidad adecuada a tales diligencias. Si bien, cierto es que el límite relativo, la detención no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario, opera como elemento de contención de los efectos perjudiciales que tal amplitud temporal pudiera conllevar. La justificación de la amplitud del plazo máximo dependerá de otras premisas, por cuanto de las diligencias a practicar no podemos deducir la absoluta necesidad de dicho período de tiempo. Parecería más conveniente llamar a las cosas por su nombre, puesto que la justificación del plazo máximo no se encontraría tanto en el esclarecimiento de hechos presuntamente delictivos, sino en la finalidad de asegurar la pretendida eficacia en la investigación de los mismos, más si se



tiene en cuenta que las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos no sólo se efectuarán durante el período de detención preventiva, sino que la investigación, continuará desarrollándose en la fase de instrucción.

## **2. La posibilidad de prorrogar el plazo máximo de detención.**

La posibilidad de prorrogar el tiempo máximo de detención policial se desarrolla, a partir de lo establecido en el art. 520 bis. 1 LEcrim, según el cual:

*“Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.”*

Del tenor del precepto podemos extraer los siguientes razonamientos:

- La situación de prórroga podrá acordarse en los asuntos expresamente previstos en el art. 384 bis LEcrim, esto es, delitos presuntamente cometidos por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, sin que, en virtud de tal precepto, quepa su aplicación a casos distintos a los mencionados.
- La prórroga del plazo se predica respecto de una detención preventiva practicada en sede policial, si bien la medida tendrá carácter judicial en todo caso, puesto que aun cuando la solicitud proviene de la autoridad gubernativa será la judicial quien acuerde su concesión. Asimismo, la petición de prórroga no podrá ser entendida como una puesta a disposición judicial sino como la posibilidad de mantener al detenido a disposición gubernativa (STC 199/1987, de 16 de diciembre (F. J. 8º)).
- La medida tendrá carácter provisional: se insta la estricta observancia de los plazos establecidos. A su vez, aun cuando no se refleje de forma expresa en el

precepto indicado, debemos entender que la medida podrá ser revocada judicialmente desde el momento que cesen las causas que motivaron su concesión.

- La prórroga de la detención policial estará orientada a los exclusivos fines investigadores.
- La solicitud de prórroga así como la decisión judicial, autorizando o denegando la misma, habrán de ser motivadas. Sea una u otra la decisión del órgano judicial, ésta habrá de ser motivada (art. 248.2 LOPJ, arts. 141 y 520.bis.1 ambos de la LEcrim), revistiendo forma de auto (art. 506 LEcrim).

## 2.1. Límite temporal de detención respecto de los tipos delictivos contenidos en el art. 384 bis LEcrim.

El límite temporal que informa la detención preventiva practicada por la autoridad gubernativa en supuestos de terrorismo o banda armada, se rige por los mismos plazos establecidos para cualquier otro tipo delictivo, esto es, tanto el plazo relativo del tiempo estrictamente necesario, como el máximo absoluto de setenta y dos horas. Ahora bien, la suspensión prevista constitucionalmente faculta a la autoridad gubernativa para solicitar la oportunidad de extender la situación de detención policial hasta el límite de otras cuarenta y ocho horas, siempre y cuando:

- Se proceda a solicitar autorización judicial al respecto en el plazo de las primeras cuarenta y ocho horas desde que la detención fue efectiva.
- Se acuerde judicialmente lo que proceda en veinticuatro horas a contar desde la recepción de la solicitud gubernativa.

Curiosamente, en modo alguno se hace mención al plazo relativo de detención en el precepto señalado, limitándose a referir que las personas presuntamente partícipes en los delitos mencionados serán puestas a disposición judicial dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. ¿Significa esto que en los citados supuestos delictivos se ha de agotar tal circunstancia en todo caso? No lo creemos así. La referencia constitucional y legal manifiesta, así como la postura mantenida por el máximo intérprete constitucional acerca de los plazos que informan, de manera general, la medida cautelar de detención, responden ampliamente a la pregunta. La detención por causa de los anteriores delitos, de igual forma, habrá de durar el tiempo estrictamente

necesario, aun cuando el art. 520.bis. 1 LEcrim no lo recoja de forma expresa. Asimismo, el hecho de que se reitere el plazo máximo que podrá durar la detención supone que, en modo alguno, pueda ampliarse su duración por encima de tal umbral. En materia de terrorismo se excepciona la posibilidad de prórroga, no los límites temporales que informan la estricta detención. En otras palabras, cabe acordar judicialmente la prórroga de la detención, lo cual, es indudable que afecta al tiempo que el detenido puede estar a disposición gubernativa, si bien, se proscribe la posibilidad de ampliar la duración de la medida por encima de los márgenes establecidos sin que medie decisión judicial al respecto.

De otro lado, la expresa mención del plazo absoluto, ordenando la puesta a disposición judicial de los detenidos, por los motivos indicados, dentro del plazo de setenta y dos horas informa la excepcionalidad de la situación de prórroga. Con anterioridad a la expiración del plazo máximo, previéndose motivadamente la necesidad de prorrogar la detención en sede policial, se insta la correspondiente autorización judicial en base a las circunstancias específicas del caso que aconsejan su adopción. Se apela al plazo general para a continuación referir la excepcionalidad que representa la posibilidad de prórroga.

Por su parte, dentro de los plazos referentes a la prórroga de la detención gubernativa diferenciamos un límite relativo, el tiempo necesario para los fines investigadores, y un límite absoluto, hasta un máximo de otras cuarenta y ocho horas. Huelga decir que los plazos referidos no tendrán porqué ser necesariamente apurados, por cuanto cesando las circunstancias excepcionales que justificaron su adopción o practicadas las oportunas diligencias en sede gubernativa, la medida cederá poniéndose al detenido inmediatamente en libertad o bien a disposición judicial.

En suma, una vez agotado motivadamente el plazo máximo, puesto que en el caso concreto se entiende estrictamente necesario consumirlo, y habiéndose procedido, vistos los requisitos exigidos, a la solicitud y concesión judicial de la prórroga, el detenido por alguna de las causas expresadas habrá permanecido bajo la dependencia de la autoridad gubernativa por un plazo de cinco días.

## 2.2. Acerca de los plazos de detención y prórroga.

La idea central que preside la configuración de la posibilidad de prorrogar la situación de detención durante el tiempo legalmente establecido radica en potenciar el aseguramiento del éxito de la investigación en detrimento de la finalidad de garantía judicial. Con ello, no se quiere significar que ceda la segunda respecto de la primera, sino que ésta pospone sus efectos durante un período de tiempo determinado, al objeto de procurar un mejor porcentaje de éxito en las investigaciones que se vienen realizando. Nada nuevo: la necesidad de una más completa investigación sobre los hechos, cumplidas las formalidades pertinentes. Poco que objetar sobre la legitimidad aparente de la medida: se necesita intensificar el éxito de la investigación. Cabría preguntarse, sin embargo: siendo el órgano judicial instructor el director de la investigación, ¿qué hace suponer que su acción directa, más allá de la autorización judicial, haría decaer el éxito de la investigación? ¿Por qué la puesta a disposición judicial hace decaer las posibilidades de éxito de la investigación? Podrían acogerse varias alternativas. Desde articular una mayor presencia judicial *ab initio*, lo que supondría un cambio sustancial en la actual regulación y métodos de trabajo, lo cual evidentemente puede encontrar justificadas reticencias, hasta disponer los necesarios elementos que permitan una constancia fidedigna acerca del respeto de los derechos fundamentales durante el proceso de detención y prórroga. Por ejemplo, la posibilidad de acoger una reducción del plazo máximo de detención y prórroga en sede policial previsto para los delitos mencionados, prolongando eso sí, el plazo de detención judicial. Durante el referido lapso de tiempo, el detenido quedaría a disposición exclusiva de la autoridad judicial, aproximándonos con ello a lo establecido en el CEDH y la interpretación que del mismo efectúa el TEDH respecto de la medida cautelar de detención. A su vez se daría cumplida satisfacción a las cuestiones referentes a la eficacia pretendida en la investigación, por cuanto la misma continuará en fase de instrucción. Otra opción nada desdeñable. Conservando la actual regulación, rodear la situación de detención de toda una serie de garantías, reales y efectivas, que permiten evitar determinadas suspicacias sobre las situaciones que se podrían llegar a producir en dependencias policiales. Sobre tales ideas volveremos con ocasión del desarrollo de la situación de privación de libertad en régimen de incomunicación.

### **3. Determinación de los órganos judiciales competentes para acordar la prórroga de la detención.**

A partir de los criterios generales de atribución de competencia que recoge la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la instrucción de las causas corresponde al juez del partido en que el delito se hubiere cometido, previéndose reglas alternativas para los casos en que no conste el lugar de presunta comisión de los hechos delictivos (art. 14 y 15 LEcrim). Sin embargo, se acogerán criterios de atribución de competencias subsidiarios a la hora de determinar los específicos órganos judiciales encargados de autorizar la prórroga de la detención en supuestos de terrorismo.

En efecto, serán los Juzgados Centrales de Instrucción, encargados de instruir las causas cuyo enjuiciamiento corresponda a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional<sup>313</sup> o, en su caso, a los Juzgados Centrales de lo Penal (art. 88 LOPJ y 14.2 LEcrim), quienes conocerán de tales asuntos. Al respecto, según afirma el propio Tribunal Constitucional tanto los Juzgados Centrales de Instrucción como la Audiencia Nacional son orgánica y funcionalmente, por su composición y modo de designación, órganos judiciales ordinarios (STC 199/1987, de 16 de diciembre (F. J. 6º)) especializados por razón de la materia. Una especialización que proviene del carácter de los delitos atribuidos a tales órganos jurisdiccionales, de su complejidad, sus conexiones y su finalidad encaminada a perturbar el orden constitucional (STC 56/1990, de 29 de marzo (F. J. 3º)).

No entraremos en este punto a valorar tales afirmaciones, pues el objeto del presente Capítulo se circunscribe a las previsiones establecidas en el art. 55.2 CE y su correspondiente desarrollo normativo. Evidentemente, no será en virtud de tal precepto que se puedan acoger dichos criterios competenciales. En cualquier caso, el propio Tribunal Constitucional, en la mencionada STC 199/1987, tras reiterar la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción para el conocimiento de las detenciones por delitos de terrorismo, reconoce las dificultades que se derivan de tal atribución para con el sujeto detenido, por lo que exige una mayor diligencia por parte del órgano judicial. Diligencia que también se ha de predicar del uso de las facultades de delegación al juez de Instrucción del lugar donde se encuentre el detenido (art.520.bis. 3 LEcrim).

---

<sup>313</sup> La competencia de la Audiencia Nacional en materia de terrorismo viene confirmada en la Disposición Transitoria de la LO 4/1988, de 25 de mayo.

#### 4. La necesaria intervención judicial.

La pauta general que informa las medidas limitativas de derechos fundamentales practicadas por la autoridad gubernativa establece la necesidad de recabar autorización judicial al respecto con anterioridad a la efectividad de la medida. Si bien, en determinados supuestos, aquellos delitos referentes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, la regla general se excepciona pudiendo acordar dicha autoridad la restricción de tales derechos y, posteriormente, solicitar la oportuna convalidación judicial de la medida.

En el caso que nos ocupa, la previa autorización judicial se revela con carácter constitutivo y legitimador, pues la posibilidad de prorrogar la situación de detención preventiva sin la obligada intervención judicial, convertiría dicha medida en arbitraria y contraria a Derecho, por vulneración de las garantías constitucional y legalmente establecidas. Como afirma la citada STC 199/1987 (F. J. 8º): *“la prolongación de la detención gubernativa más allá de las setenta y dos horas no puede ni iniciarse ni llevarse a cabo, de acuerdo a los arts. 17.2. y 55.2 de la Constitución, sin una previa y expresa autorización judicial.”*

De otro lado, la necesaria intervención judicial viene referida, a su vez, al control efectivo que ha de dispensar el órgano judicial autorizante, pues la intervención judicial no se agota con la autorización de la prórroga sino que *“durante la detención, el juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el juez de instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste”* (art. 520. bis. 3 LEcrim). En consecuencia, de la necesaria intervención judicial se predica, en esta materia, su naturaleza autorizante y su vocación fiscalizadora.

### **III. LA ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO.**

El contenido del derecho a la asistencia de letrado al detenido o preso, enmarcado primeramente en el art. 520.6 LEcrim, consistirá en:

- Solicitar que se informe al detenido o preso de sus derechos y se proceda al correspondiente reconocimiento médico<sup>314</sup>.
- Solicitar de la autoridad judicial o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en que el abogado haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.
- Entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido.

El primer aspecto determina, aun por referencia, la obligación que incumbe a los poderes públicos de informar sobre los derechos que asisten al detenido. Las opciones del letrado al respecto parecen limitarse a comprobar que se haya realizado la diligencia documental de *“lectura de derechos”*, entre los que destaca el derecho a la asistencia letrada. La presencia del abogado en la diligencia policial de instrucción de derechos no se reputaría entonces preceptiva. Como se dijo en la STS de 1 de septiembre de 1999 (F. J. 2º): *“la jurisprudencia de esta Sala ha entendido que no es necesaria la presencia de letrado en tales actos instructorios, lo que es obvio, ya que si los inculpados hubiesen tenido que estar asistidos de abogado en tales diligencias de información, no tendría sentido que en las mismas se les instruyera de su derecho a tal asistencia jurídica.”* La lógica de los fundamentos de la STS es abrumadora. Olvida quizás que junto al derecho a la asistencia letrada, que por otra parte, se encuentra ciertamente arraigado en la Sociedad actual, también se dispensa información sobre otros derechos, de importancia quizás menos perceptible, pero con una incidencia directa en el derecho del detenido a la presunción de inocencia. Apuntaremos algunas ideas al respecto.

---

<sup>314</sup> Los derechos a que se refiere el precepto son los contenidos en el art. 502.2 LEcrim, a los que habrá de añadirse, y en tanto el letrado defensor no se persone en dependencias gubernativas, el derecho a solicitar la incoación del procedimiento de habeas corpus.

En principio, parece que no debiera proceder ningún tipo de asistencia letrada sobre el contenido del documento, debiendo ceñirse el letrado a comprobar su efectiva realización. A salvo, las responsabilidades que se pudieran derivar del art. 537 del Código Penal, y que habrán de ser ventiladas en un proceso posterior. En cualquier caso, el letrado podrá solicitar se practiquen nuevamente dichas actuaciones a su presencia. Y así parecen confirmarlo los términos neutros en que se expresa el apartado sexto del citado artículo, al entender que la información de derechos compete exclusivamente al órgano gubernativo, “*se informe al detenido o preso de sus derechos.*” Lo cual no es sino una interpretación incompleta de su significación. Muy al contrario. Claro que el Estado en aras de salvaguardar los derechos del detenido tiene la obligación de poner en su conocimiento los mismos. Sin embargo, será al propio detenido a quien corresponda su ejercicio y, esencialmente al letrado designado, brindar el necesario asesoramiento sobre el contenido de tales derechos y las posibles consecuencias de su ejercicio. Por ello, el abogado que asume la defensa técnica del detenido, desde el momento mismo en que se requiere su presencia en dependencias gubernativas, debería poder ilustrar a su defendido, siquiera someramente y aun a presencia gubernativa, respecto de los derechos que le asisten, y muy particularmente del valor que, en un momento determinado, pueda otorgarse al hecho de guardar silencio. Como sostiene MORENO CATENA, el titular del derecho de defensa, derecho fundamental e inalienable, es el propio imputado, aunque su ejercicio puede llevarse a cabo tanto por él mismo como por su defensor técnico, y a tal fin se reconoce el derecho a hacerse asistir de un abogado. Así pues, la llamada por la doctrina defensa material, concebida como función pública en la que participan todas las autoridades y funcionarios que intervienen en el procedimiento penal (art. 2 LEcrim) no es en puridad tal, porque con esa extensión perdería el concepto todo significado preciso, apareciendo encaminada más a la tutela del derecho objetivo, o a la actuación de la ley, que a la tutela de los derechos e intereses del imputado<sup>315</sup>. Según el citado art. 2 LEcrim:

*“Todas las autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo; y estarán obligados, a falta de disposición expresa, a instruir a éste de sus derechos*

---

<sup>315</sup> MORENO CATENA, «La defensa», en *Derecho procesal penal*, ob. cit., (ref. de 17 de noviembre de 2008), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).



*y de los recursos que pueda ejercitar, mientras no se hallare asistido de defensor.”*

Y en tanto esto es así, convendría determinar las oportunas cautelas para garantizar el libre ejercicio de los derechos reconocidos al detenido así como un adecuado conocimiento sobre la significación de los mismos<sup>316</sup>. Asimismo, el señalado plazo de ocho horas de que dispone el letrado defensor para personarse en dependencias gubernativas al objeto de asistir al detenido, resulta excesivamente amplio, permitiendo que eventuales dilaciones, aun involuntarias, repercutan en la efectiva asistencia al detenido.

En el segundo inciso, se permiten determinadas actuaciones del letrado en las diligencias que se acuerde practicar, a modo de contradictorio podríamos decir, para que comience a preparar la posterior defensa de su representado, o bien, las menos veces, poner de manifiesto cuestiones que apoyen la pronta puesta en libertad del mismo. Asimismo, resulta paradójico que se omita toda referencia a la posibilidad, como derecho del detenido, de solicitar la práctica de diligencias de investigación con finalidad exculpatoria. Cuestión que debemos resolver acudiendo a los arts. 299 y 302 ambos de la Ley Procesal Penal.

Por último, el tercer inciso dispone la posible entrevista entre abogado y detenido, siempre al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido. Y entre tales diligencias se incluye la primera “*toma de declaración*” en diligencias policiales<sup>317</sup>. Declaración que, como es sabido, tendrá un doble carácter. Respecto de la regulación contenida en los arts. 385 a 409 LEcrim, la declaración del detenido tendrá la

---

<sup>316</sup> Como sostiene MORENO CATENA, «Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales», en *Teoría y Derecho*, Tirant Online, 2010, (ref. de 10 de julio de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), resulta de todo punto inconsistente justificar que en la detención policial la intervención del abogado quede limitada a garantizar el derecho a la libertad del detenido, de modo que el contenido esencial del derecho fundamental del art. 17.3 de la CE se satisfaga con tal que el abogado vele por el cumplimiento de las condiciones y el respeto de los derechos y garantías de la privación de libertad.

<sup>317</sup> Como sostiene SALIDO VALLE, *La detención policial*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 318-319, se habrá de distinguir entre interrogatorio, acto mediante el cual la autoridad (...) formula preguntas al detenido para examinar los conocimientos de éste acerca de los hechos que se le imputan y que son objeto de investigación, declaración del detenido, que se conforma con las respuestas que voluntariamente preste en dicho interrogatorio y la diligencia de declaración del detenido, compuesta por las dos anteriores, interrogatorio y declaración del detenido.

consideración de medio de investigación, que podría coadyuvar al esclarecimiento de los hechos que se vienen investigando<sup>318</sup>. Así, el art. 389 LEcrim, referido a la práctica del interrogatorio, establece la finalidad de las preguntas a realizar, dirigidas a la averiguación tanto de los hechos como de la participación del sujeto interrogado en los mismos y de las demás personas que hubieren contribuido a ejecutarlos o encubrirlos. Sin embargo, la diligencia de declaración se presenta como derecho del sujeto sometido al proceso penal, que de forma voluntaria ha decidido declarar, y libremente puede decidir la medida de su práctica. La declaración resulta ser, primeramente, un acto de defensa del sujeto declarante<sup>319</sup>.

Según nuestro parecer, carece de sentido la obligatoriedad de trasladar la entrevista reservada a la finalización de la correspondiente diligencia. Esta limitación, o bien es una exigencia inútil o bien se trata de un mecanismo para impedir que el interrogatorio se realice con todo conocimiento de causa y haciendo uso del detenido de su libertad<sup>320</sup>. Visto lo anterior, disponiendo el letrado de la posibilidad de ilustrar al detenido sobre su derecho a no declarar, en toda su extensión, se podrían salvar tales impedimentos. Sea como fuere, abogamos por residenciar la entrevista reservada con el letrado de forma previa a la prestación de la declaración. Y no sólo para que éste pueda instruir a su defendido del valor que en un momento inicial pueda disfrutar su derecho al silencio, más aun, para articular una adecuada defensa, *ab initio*, disponiendo, como advertimos, de los términos de la declaración. Claro que si lo que se pretende con dicha limitación es ralentizar, precisamente, la preparación de la defensa, de las posiciones que le son propias al detenido, o si se prefiere, atender primeramente al éxito de la investigación, el abogado debiera poder formular cuantas observaciones estime pertinentes durante el transcurso del interrogatorio, asesorando a su defendido sobre los términos en que se está produciendo la declaración. Sin embargo, el citado art. 520.6 LEcrim se expresa en

---

<sup>318</sup> GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, ob. cit. pp. 49 y ss.

<sup>319</sup> MORENO CATENA, «La determinación del imputado y sus declaraciones en la instrucción », en *Derecho procesal penal*, ob. cit. p. 216.

<sup>320</sup> MORENO CATENA, «Las medidas cautelares. La detención », en *Derecho procesal penal*, ob. cit. p. 280. A tal fin, la transposición de la citada Directiva 2013/48/UE, del Parlamento y del Consejo, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, de 22 de octubre de 2013, podría significar, como pusimos de manifiesto, la reformulación del 520.6 LEcrim.

los términos expuestos. Así, el propio Tribunal Constitucional, en ATC 23/2006, de 30 de enero (F. J. 2º), entiende que la posibilidad de entrevista previa no forma parte del contenido esencial del derecho a la asistencia letrada<sup>321</sup>. Sostiene la citada resolución, que el detenido podrá contar con el preceptivo asesoramiento al celebrarse la declaración bajo la garantía de la contradicción; sin que ello haya de suponer, por otra parte, merma alguna del derecho a la defensa reconocido en el art. 24.2 CE que, al enmarcarse dentro de las garantías propias del proceso penal, necesariamente exige la presencia no ya de un detenido sino de un acusado o imputado. De donde parece podemos colegir, siguiendo tales planteamientos, que al simple detenido no debiera asistirle derecho alguno a defender sus intereses, sino que simplemente debe celebrar los trámites de la detención con la presencia, contradictoria eso sí, de su Letrado. Tales interpretaciones, por un lado, inducen a confundir, el asesoramiento del letrado con la posibilidad de contradicción, y por otro lado, resulta paradójico se reconozca la posibilidad de articular el principio de contradicción, si bien, no sea posible articular estrategia defensiva alguna, dado el estadio en que se encuentran las actuaciones. Al respecto, el art 118 LEcrim:

*“Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho.”*

Por último, cabría traer a colación la Respuesta del Gobierno Español al informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) sobre la visita a España llevada a cabo del 19 de septiembre hasta el 1 de octubre de 2007, fechada en Estrasburgo, a 25 de marzo de 2011, donde sin

---

<sup>321</sup> ATC 23/2006, de 30 de enero (F. J. 2º): “Las previsiones legales existentes acerca de la posibilidad de una entrevista reservada posterior, así como la exigencia de asistencia letrada al detenido al tiempo de prestar declaración en sede policial, con absoluta libertad del letrado para intervenir en la práctica de dicha diligencia cuidando de que sean respetados en su integridad los derechos de su defendido, haciendo las observaciones que juzgara oportunas y denunciando ante las autoridades judiciales competentes aquellos comportamientos policiales que, en su caso, pudieran resultar lesivos de tales derechos, constituyen prevenciones que respetan escrupulosamente el contenido del derecho fundamental reconocido en el art. 17.3 CE, sin que pueda considerarse que la denegación de la posibilidad de una entrevista previa entre el detenido y su Abogado afecte a dicho núcleo esencial.”

mayores inconvenientes, se admite que la asistencia letrada, mediando el régimen general de detención, consiste en:

- Antes de la declaración: limitada estrictamente a interesar del funcionario policial que informe al detenido de los derechos que le asisten según el apartado segundo del art. 520 LEcrim (hechos que se le imputan; a guardar silencio y no declarar; a no declarar contra sí mismo; a designar abogado; a que se ponga su detención en conocimiento de la persona o familiar que desee; a ser asistido por un intérprete, y a ser reconocido por el médico forense), y que se proceda, en su caso, al reconocimiento médico.
- Durante la declaración: en la que únicamente interviene al finalizar ésta, para solicitar la ampliación de los extremos que considere conveniente o la consignación de incidencias.
- Una vez ha finalizado y sido suscrita la declaración, el abogado podrá entrevistarse reservadamente con el detenido sin que el secreto de la comunicación suponga romper las preceptivas medidas de seguridad, vigilancia y custodia. Por tanto, hasta el cierre de la declaración no hay comunicación alguna entre letrado y detenido.

#### **IV. OTROS DERECHOS QUE ASISTEN AL SUJETO DETENIDO.**

Continúa el citado art. 520 LEcrim enumerando toda una serie de derechos que asisten al sujeto privado de libertad. De esta forma, la detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. Tras considerar los plazos que informan la medida cautelar de detención, se hace referencia al derecho a recibir oportuna información sobre los siguientes aspectos:

- hechos que se imputan,
- razones motivadoras de la privación de libertad y,
- derechos que asisten al sujeto privado de libertad.

Por tanto, la información de los hechos que se imputan al detenido es una exigencia que se constituye en requisito inexcusable que informa la constitucionalidad de la detención efectuada por la autoridad gubernativa (art. 17.3 CE), sea ésta acordada por los

funcionarios policiales, o efectuada en cumplimiento de una orden judicial<sup>322</sup>. Lo que, en un principio, podría entenderse como la formulación de cargos y su posterior traslado, a los que anteriormente hacíamos referencia, en una sede que podría ser aun ajena al conocimiento jurisdiccional.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha convenido en desarrollar los siguientes argumentos, que encontramos sintetizados en el ATC 234/2005, de 6 junio (F. J. 3º): *“en la información de derechos al detenido lo relevante es que éste tenga conocimiento de los hechos que se le atribuyen, no de su calificación jurídica, pues, con arreglo a la doctrina de este Tribunal (...), las garantías constitucionales del detenido previstas en el art. 17. 3 CE, se han configurado legalmente en el art. 520.2 , cuya finalidad es, como ha declarado este Tribunal, la de asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra en la eventualidad de quedar sometido a un proceso, procurando así la norma constitucional que la situación de sujeción que la detención implica no produzca en ningún caso la indefensión del afectado. (...) De manera que el art. 17.3 CE y también, en aplicación del mismo, el art. 520.2 LEcrim, imponen la obligación de informar de los hechos que se le imputan y de los derechos que le asisten a toda persona que se encuentre detenida o presa.”* Claro que ello no imposibilita que se dé traslado de la calificación jurídica que a juicio de la autoridad actuante puedan merecer tales hechos. En efecto, se habrán de dar a conocer los hechos y las razones de la detención, así como los derechos que asisten al sujeto privado de libertad. Y aunque las oportunas calificaciones jurídicas puedan ser, y de hecho lo son, menos relevantes que el conocimiento de los hechos que motivan la privación de libertad, y no digamos respecto de los derechos que asisten al así privado de ésta, con quien dichas calificaciones jurídicas, indudablemente, podrían guardar relación, ello no es óbice que justifique denegar el traslado de las mismas.

Todo ello, se habrá de poner en conocimiento del sujeto privado de libertad, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata; garantías de comprensibilidad e inmediatez que se encuentran en directa relación con el ejercicio del derecho de defensa (STC 339/2005, de 20 diciembre (F. J. 3º)).

---

<sup>322</sup> STS de 18 abril de 2007 (F. J. 3º): *“De manera que el incumplimiento de esa obligación conlleva la nulidad de la diligencia de la detención, pero no conlleva necesariamente la nulidad de las diligencias judiciales practicadas en esa situación cuando el afectado tiene también la condición de imputado y se encuentra asistido por letrado defensor en la práctica de las mismas.”*

Asimismo, se le habrá de informar de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:

- a. Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez.
- b. Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable<sup>323</sup>.

Dicho de otro modo, derecho a disponer de los términos de su declaración, tanto del silencio como del contenido de lo que se declara, tal y como advertimos anteriormente.

- c. Derecho a designar abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara abogado, se procederá a la designación de oficio.
- d. Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento.

Si se tratase de un menor de edad o incapacitado, la autoridad baja cuya custodia se encuentre el detenido o preso notificará tales circunstancias a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del mismo y, si no fueran halladas, se dará cuenta inmediatamente al Ministerio Fiscal. Si el detenido menor o incapacitado fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará de oficio al Cónsul de su país (art.

---

<sup>323</sup> STC 127/2000, de 16 mayo (F. J. 4º): “Como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 8 de febrero de 1996, caso Murray, ap.46 y ss.), sin necesidad de pronunciarse sobre el carácter absoluto o no del derecho a guardar silencio, a los efectos del examen de la concurrencia de la lesión de este derecho habrá de tomarse en consideración el «conjunto de circunstancias del caso» y «el grado de coerción inherente a la situación». (...) Aunque, ciertamente, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, como el derecho a no contribuir a su propia incriminación, no pueden identificarse con el derecho a guardar silencio, sin embargo, si el derecho a no contribuir a la propia incriminación es un componente del derecho a guardar silencio (STEDH Saunders, de 8 de febrero de 1996, ap. 68), la genérica advertencia del derecho a guardar silencio puede considerarse comprensiva de la información de que al declarante le asiste el derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable.”

520.3 LEcrim). Asimismo, los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país<sup>324</sup>.

- e. Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano.

En tal sentido la STC 74/1987, de 25 mayo (F. J. 3º) determinó que el derecho a ser asistido por un intérprete deriva del desconocimiento del idioma castellano que impide al detenido ser informado de sus derechos, hacerlos valer y formular las manifestaciones que considere pertinentes ante la administración policial, pues si algunos de esos derechos pudieran respetarse por otros medios (la simple información, por ejemplo, por un texto escrito en la lengua que entienda el detenido) otros derechos, que suponen un diálogo con los funcionarios policiales, no pueden satisfacerse probablemente sin la asistencia de intérprete.

De esta forma, se ha vinculado el derecho a intérprete con el art. 24.1 CE, en cuanto dispone que en ningún caso puede producirse indefensión, desarrollándose tanto en las actuaciones judiciales (véanse los arts. 398, 440, 441, 442, 711 y 762.8, todos ellos de la Ley Procesal Penal, o bien art. 231.5 LOPJ) como en el ámbito de las actuaciones policiales que preceden a aquéllas y que, en muchos casos, les sirven de antecedente.

Respecto de los sujetos a quienes se reconoce el referido derecho, la terminología resulta inequívoca: a quien desconozca o no conozca suficientemente el idioma en que se producen las actuaciones<sup>325</sup>.

- f. Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la Institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.

El derecho a ser reconocido por el médico forense no reviste, según el propio Tribunal Supremo, carácter constitucional. Se trataría de una garantía procesal de legalidad

---

<sup>324</sup> A tal fin, considerar el contenido del art. 62.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

<sup>325</sup> Continúa la citada STC 74/1987 reconociendo el derecho a intérprete tanto a españoles como a los extranjeros en la medida en que verosíblemente se ignore o disponga un conocimiento insuficiente de la lengua en que se desarrolla el transcurso de las actuaciones.

ordinaria que no figura en el catálogo de derechos básicos recogidos en el Texto Constitucional. Entiende el Alto Tribunal que, a pesar de la petición del acusado, cuando se pasa por el alto el derecho a ser reconocido por un médico forense, no se produce vulneración de derecho fundamental alguno (STS de 18 septiembre de 1998 (F. J. 1º)). Ciertamente, el derecho a ser reconocido por un médico forense no figura expresamente reconocido en los artículos que refieren los derechos fundamentales y libertades públicas de la Constitución española. Ahora bien, a nadie se le escapa que en determinadas materias, la asistencia del facultativo adquiere singular relevancia. Y en cuanto tal permite su substancial significación en directa vinculación con el art.15 CE:

*“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”*

Y no digamos respecto del art. 24.1, derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto los informes que dichos profesionales emitan podrían resultar un instrumento de determinación objetiva idóneo que coadyuve a la determinación de los hechos delictivos denunciados<sup>326</sup>. Y en tal sentido se pronuncia la STC 123/2008, de 20 de octubre (F. J. 3º):

*“Sin duda alguna constituyen indicios que obligan al juez a perseverar en la investigación todos aquellos datos reflejados en partes médicos emitidos durante el período de detención que puedan avalar la sospecha de la existencia de maltrato físico o psíquico. Pero no puede afirmarse sin más que la inexistencia de los mismos (o su debilidad para sustentar la condena) excluya la necesidad de investigar, pues puede existir otro tipo de datos que –desde la perspectiva del deber de profundizar en la investigación– genere un panorama sospechoso potencialmente conectado con la existencia de torturas o malos tratos, incluso aunque los mismos fueran claramente insuficientes para sustentar una condena penal por delito de torturas o malos tratos (por ejemplo, la existencia de*

---

<sup>326</sup> Como afirma GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho procesal Penal*, ob. cit. p. 333, el nombramiento de dicho facultativo, que habrá de adquirir singular relevancia en los supuestos de “torturas” no excluye el que pueda designar el juez (art. 456 y ss.) como consecuencia de la incoación del procedimiento penal para la determinación de ese nuevo hecho o del correspondiente procedimiento de habeas corpus. Véanse las SSTC 123/2008, de 20 de octubre y 63/2010, de 18 de octubre.



*irregularidades o la quiebra de ciertas garantías del detenido, como son las visitas y los informes del Médico forense, orientadas a preservar su derecho a la integridad física y moral), pues de lo que se trata en este momento es de precisar la obligación del juez de investigar en estos casos.”*

## **V. EL PROCEDIMIENTO DE HABEAS CORPUS.**

La garantía del procedimiento de habeas corpus se encuentra reflejada a nivel constitucional en el art. 17.4 CE<sup>327</sup>, desarrollado mediante la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento habeas corpus.

Según GIMENO SENDRA, se trataría de un procedimiento especial y preferente por el que se solicita del órgano judicial competente la satisfacción de una pretensión de amparo nacida con ocasión de la comisión de una detención ilegal<sup>328</sup>. Por su parte, el Tribunal Constitucional lo ha calificado como un procedimiento especial a través del cual se ha de juzgar sólo sobre la legitimidad de una situación de privación de libertad a la que se trata de poner fin o modificar, pero sin extraer más consecuencias que la necesaria finalización o modificación de esa situación, adoptando, en su caso, alguna de las decisiones a que se refiere el art. 9 de la Ley Orgánica 6/1984. Se configura entonces como un instrumento de control judicial sobre la regularidad o legalidad de la detención en el sentido de los arts. 17.1 y 4 CE y art. 5.1 y 4 del CEDH (STC 12/1994, de 17 de enero (F. J. 5º), entre otras)<sup>329</sup>.

En cuanto a la naturaleza del mismo, se ha afirmado su carácter instrumental respecto del derecho a la libertad, puesto que se trataría de un instrumento procesal para la defensa de otro derecho<sup>330</sup>, o bien, trayendo a colación la referida STC 98/1986, de 10 de julio (F. J. 1º), como un medio de defensa de los derechos substantivos establecidos en el resto de los apartados del art. 17 CE, que permite hacer cesar de modo inmediato las situaciones irregulares de privación de libertad. Las características del procedimiento

---

<sup>327</sup> Art. 17.4 CE “La Ley regulará un procedimiento de habeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente.”

<sup>328</sup> GIMENO SENDRA, *El proceso de Habeas Corpus*, Tecnos, Madrid, 1996, p.48.

<sup>329</sup> Como resulta de la propia Exposición de Motivos de la LOHC, la pretensión de habeas corpus es establecer remedios eficaces y rápidos para los eventuales supuestos de detenciones de la persona no justificados legalmente, o que transcurran en condiciones ilegales.

<sup>330</sup> SORIANO SORIANO, *El derecho de Habeas Corpus*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1986, p. 236.

de habeas corpus se contienen en la propia Exposición de Motivos de la LOHC, cuales son: agilidad, generalidad, universalidad, sencillez y carencia de formalismos. Nos encontramos ante un procedimiento especial, previsto frente a tales detenciones, que se ha de dilucidar, en sede judicial, en el plazo de veinticuatro horas a contar desde su sustanciación.

### **1. Presupuesto material del procedimiento de habeas corpus: la detención.**

El presupuesto material del procedimiento de habeas corpus se corresponde con una efectiva situación de privación de libertad entendiéndose por tal cualquier situación en la que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad (STC 98/1986, de 10 julio (F. J.4º)). Para la determinación de tales situaciones el propio art. 17.1 CE remite a la ley, pues nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en dicho artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley. Dispone, de esta forma, el art. 2 de la LOHC que serán consideradas personas ilegalmente detenidas:

- a) Las que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurren los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las leyes.
- b) Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar.
- c) Las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las leyes si, transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al juez más próximo al lugar de la detención.
- d) Las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida.

Entre las concretas situaciones que el Tribunal Constitucional ha considerado como inequívocas privaciones de libertad, susceptibles, en su caso, de protección mediante la solicitud de habeas corpus, podemos encontrar los arrestos domiciliarios (STC 61/1995, de 29 de mayo); el internamiento forzoso de enfermos psíquicos (STC 104/1990, de 4 de junio); la detención gubernativa de extranjeros para su expulsión (STC 12/1994, de 17 de enero); o la medida de identificación en dependencias policiales, contemplada por

el art. 20.2 de la Ley Orgánica 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (STC 341/1993, de 18 de noviembre)<sup>331</sup>. Asimismo, la detención motivada por la concurrencia de enfermedades transmisibles (arts. 1 a 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, sobre Salud Pública y los arts. 26 y 28 de la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril)<sup>332</sup>.

Evidentemente, quedarían fuera del ámbito de protección del procedimiento de habeas corpus las detenciones ordenadas por la propia autoridad judicial (STC 31/1985, de 5 de marzo (F. J.2º)).

## **2. La incoación del procedimiento de habeas corpus.**

Advierte la Exposición de Motivos de la LOHC que el procedimiento de habeas corpus se configura como una comparecencia del detenido ante el juez, comparecencia de la que proviene etimológicamente la expresión que da nombre al procedimiento, y que permite al ciudadano, privado de libertad, exponer sus alegaciones contra las causas de la detención o las condiciones de la misma, al objeto de que el juez resuelva, en definitiva, sobre la conformidad a Derecho de la detención. Una vez promovida la solicitud de habeas corpus conforme a los parámetros establecidos en el art. 4 LOHC<sup>333</sup>, el juez examinará la concurrencia de los requisitos para su tramitación y dará traslado de la misma al Ministerio Fiscal.

---

<sup>331</sup> DE DIEGO DÍEZ, «El proceso de habeas corpus: presupuestos materiales», en *Derecho procesal penal*, ob. cit., (ref. de 19 de junio de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

<sup>332</sup> Desde la perspectiva de la mencionada regulación, al objeto de proteger la salud pública se disponen toda una serie de medidas, entre las que se encontraría la restricción de la libertad deambulatoria de determinadas personas. Dicha detención se produce en el marco de la existencia de unos racionales indicios que permiten suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad. Al respecto, el Legislador obvia las enfermedades infectocontagiosas de la regulación citada, de hecho ni siquiera las menciona en todo el articulado, previendo por el contrario, un severo régimen de control de las enfermedades transmisibles.

<sup>333</sup> La iniciación del procedimiento de habeas corpus se realizará mediante escrito o comparecencia, como establece el citado precepto. En el hipotético caso, de que la iniciación mediante comparecencia verbal la produjera el propio sujeto detenido, el juez de instrucción la tomará declaración en dicho acto. Cuestión distinta, si se tratase de alguno de los supuestos de sustitución procesal que regula el art. 2 LOHC, mediando iniciación verbal del procedimiento, donde el solicitante expondrá ante el órgano judicial las alegaciones que fundamentan su pretensión.

Seguidamente, mediante auto, acordará la incoación del procedimiento, o, en su caso, denegará la solicitud por ser ésta improcedente (art. 6 LOHC). Parece dar la impresión entonces que, en el trámite de admisión, no resultaría preceptivo recibir declaración al solicitante del habeas corpus. Así lo sostuvo la STC 1/1995, de 10 de enero (F. J. 7º), al entender que rechazada la solicitud en modo preliminar, en la fase de examen de los requisitos necesarios, cuando por tanto aún no se había iniciado el procedimiento, no procede la comparecencia personal del detenido. La audiencia de la persona indebidamente privada de libertad tiene lugar una vez que es llevada a presencia del juez, o bien es éste quien se desplaza al lugar de la detención, pero normalmente ello se produce después de admitida la demanda de habeas corpus. En nuestra opinión, que de la normativa citada sea posible colegir que la comparecencia ante el juez del habeas corpus no tenga carácter preceptivo no conlleva necesariamente la no procedencia a realizar la misma. Resulta coherente que la Ley prescriba la no preceptividad de dicha comparecencia *a limine*, y ello en aras de salvaguardar la esencia misma de la investigación policial y, claro está, del propio procedimiento de habeas corpus.

Dicho lo anterior, sería conveniente que ante situaciones en que el órgano judicial cuestione la admisión a trámite, en la medida de lo posible, se favorezca la toma de declaración del sujeto detenido, y ello al objeto de disipar cualquier atisbo de duda sobre la legitimidad de la solicitud de habeas corpus. Por el contrario, en la STC 86/1996, de 21 de mayo (F. J. 10º), se consideró inadmisile que el juzgado hubiera resuelto sin hacer comparecer al detenido. Si existe una situación de privación de libertad, no es lícito denegar la incoación del habeas corpus, ya que es de esencia a este proceso especial dirigido a resguardar la libertad personal, que el juez compruebe personalmente la situación de la persona que pide el control judicial, siempre que se encuentre efectivamente detenida. Matiza la referida resolución judicial, que no habiendo lugar a la comparecencia personal tampoco procedería oír al funcionario público bajo cuya custodia se encontraba el detenido, pues ello supondría vulnerar el principio esencial de igualdad de armas procesales ínsito en el art. 7 LOHC. Precepto

que sí prescribe la obligatoria comparecencia del solicitante de habeas corpus con anterioridad a la resolución que ponga fin al procedimiento<sup>334</sup>.

En efecto, esa comparecencia no contradictoria conlleva una desvirtuación del procedimiento de habeas corpus, cuya esencia consiste precisamente en «haber el cuerpo» de quien se encuentra detenido para ofrecerle una oportunidad de hacerse oír, y ofrecer sus alegaciones y sus pruebas. La intervención de la autoridad judicial no se limita a controlar la pérdida de libertad, sino que permitirá al interesado presentar sus medios de defensa, evitando así que la detención presente el carácter de internamiento arbitrario. En resumen, el enjuiciamiento de la legalidad de la detención, se llevará a cabo una vez admitida a trámite la solicitud, como dictaminan los arts. 6 y 7 LOHC, en el juicio de fondo previa audiencia del solicitante y demás partes (STC 88/2011, de 6 de junio (F. J. 4º))<sup>335</sup>. Vaya por delante que contra la resolución que se adopte no cabrá recurso alguno.

Resulta necesario realizar un breve apunte. La incidencia que el derecho a la tutela judicial efectiva pueda tener en el procedimiento de habeas corpus resulta innegable. Ante eventuales vulneraciones del citado derecho, los efectos perjudiciales de la denegación de tutela judicial se expandirán hasta culminar la afectación del derecho a la libertad personal reconocido en el citado art. 17.4 CE, si bien, la Jurisprudencia ha optado por reforzar la protección del derecho a la libertad personal entendiendo que la decisión de inadmisión del procedimiento, que no cumpla las expectativas constitucionales previstas, vulnera ya el art. 17.4 CE (STC 288/2000, de 27 de

---

<sup>334</sup> Art. 7: “En el auto de incoación el juez ordenará a la autoridad a cuya disposición se halle la persona privada de libertad o a aquel en cuyo poder se encuentre, que la ponga de manifiesto ante él, sin pretexto ni demora alguna o se constituirá en el lugar donde aquélla se encuentre.

Antes de dictar resolución, oirá el juez a la persona privada de libertad o, en su caso, a su representante legal y Abogado, si lo hubiera designado, así como al Ministerio Fiscal; acto seguido oirá en justificación de su proceder a la autoridad, agentes, funcionario público o representante de la institución o persona que hubiere ordenado o practicado la detención o internamiento y, en todo caso, a aquella bajo cuya custodia se encontrase la persona privada de libertad; a todos ellos dará a conocer el juez las declaraciones del privado de libertad.”

<sup>335</sup> Como sostuvo la STC 95/2012, de 7 de mayo (F. J. 5º), conviene resaltar que con el mero traslado del solicitante del habeas corpus a estos fines al juzgado, no se satisfacen las exigencias constitucionales de este instrumento procesal, resultando necesario cumplimentar el trámite de audiencia al detenido.

noviembre (F. J. 7º)<sup>336</sup>. Anteriormente, afirmamos que es doctrina consolidada reconocer que no se vulnera el derecho a obtener la tutela judicial efectiva en determinados supuestos de inadmisión, siempre que ésta se fundamente en causa prevista en la Ley, interpretada en los términos más favorables a la efectividad del acceso a la jurisdicción para obtener una resolución de fondo y aplicada razonada y razonablemente (STC 40/1996, de 12 de marzo, (F. J. 2º)). Cuestiones plenamente trasladables al caso que nos ocupa. El derecho de acceso al procedimiento de habeas corpus se salvaguarda tanto mediante la obtención de una resolución de fondo como una liminar de rechazo a tramitar el incidente, debidamente fundadas ambas posiciones (STC 44/1991, de 25 de febrero (F. J. 2º)<sup>337</sup>. Ahora bien, cabría preguntarse qué entendemos por acceso al procedimiento de habeas corpus. Retrotrayéndonos unas páginas más arriba, el derecho de acceder y plantear las oportunas pretensiones. Acceder con la finalidad de discutir el caso controvertido al que hacíamos referencia. Y sobre todo, accionar el mecanismo jurisdiccional con la finalidad de obtener una respuesta respecto de la controversia suscitada.

¿Se considera entonces satisfecho el derecho de acceso a la jurisdicción respecto del procedimiento de habeas corpus con la mera presentación de la correspondiente solicitud? Del contenido de la LOHC podemos deducir que la respuesta habrá de ser afirmativa: la mera presentación de la solicitud, en la mayoría de casos documental, colmaría las expectativas del derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad de acceso a la jurisdicción. La admisión a trámite de la solicitud viene condicionada por requisitos procesales y materiales. Entre los primeros se encuentran los relativos al

---

<sup>336</sup> STC 288/2000, de 27 de noviembre de 2000 (F. J. 7º) “no resulta ya procedente que nos ocupemos de si la motivación de la resolución judicial fue suficiente para acordar la inadmisión a trámite del procedimiento. Pues si la propia decisión de inadmisión del procedimiento vulnera ya el art. 17.4 CE, resulta irrelevante si esa decisión ha sido adoptada cumpliendo o no el deber reforzado de motivación, que rige para mantener una situación de privación de libertad.” Asimismo, la STC 61/2003, de 24 de marzo (F. J. 1º): “la perspectiva de examen que debe adoptarse es única y exclusivamente la de la libertad, puesto que, estando en juego este derecho fundamental, la eventual ausencia de una motivación suficiente y razonable de la decisión no supondrá sólo un problema de falta de tutela judicial, propio del ámbito del art. 24.1 CE, sino prioritariamente una cuestión que afecta al derecho a la libertad personal, en cuanto que la suficiencia o razonabilidad de una resolución judicial relativa a la garantía constitucional del procedimiento de habeas corpus, prevista en el art. 17.4 CE, forma parte de la propia garantía.”

<sup>337</sup> DE DIEGO DÍEZ, «El proceso de habeas corpus: presupuestos materiales», en *Derecho procesal penal*, ob. cit., (ref. de 19 de junio de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

órgano judicial (jurisdicción, competencia objetiva y territorial), a las partes (capacidad y legitimación); también examinará el juez si se han observado los requisitos formales del art. 4 LOHC, bien entendido que su falta es subsanable. Seguidamente controlará el juez la legalidad material de la detención administrativa, en los términos previstos por el citado art. 1 de la Ley, es decir, si la detención aparece *prima facie* como ilegal según las circunstancias descritas en la solicitud, toda vez que aún no se ha practicado prueba alguna para verificar la realidad de los hechos<sup>338</sup>.

Por ello, aun cuando la LOHC permita realizar un juicio de admisibilidad previa sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, posibilitando denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad constitucional de tal resolución debe reducirse a los supuestos en los cuales se incumplen los requisitos formales a los que se refiere el art. 4 LOHC (STC 88/2011, de 6 de junio (F. J. 4º)). Resulta cuanto menos interesante que un procedimiento aparentemente sencillo para el que no se dispone la preceptiva asistencia de letrado ni representación por procurador, revista unos formalismos, en principio nada estrictos, pero sin cuyo cumplimiento podrá acordarse la inadmisión a trámite de la solicitud de habeas corpus. Todo ello, sin que el solicitante de habeas corpus haya comparecido al objeto de prestar declaración. En este punto la garantía de una suficiente motivación juega un papel fundamental. Como señala la STC 66/1996, de 16 de abril (F. J. 5º), el procedimiento de habeas corpus es una garantía procesal específica prevista por la Constitución para la protección del derecho fundamental a la libertad personal cuyo acceso no puede ser, en modo alguno, denegado sin que a la persona que acuda al mismo no se le haga saber la precisa razón legal de dicha denegación, so pena de incurrir el órgano judicial que así proceda, en una vulneración del derecho a obtener una resolución judicial motivada<sup>339</sup>.

Este procedimiento, aun siendo un proceso ágil y sencillo, de cognición limitada, no puede verse reducido en su calidad o intensidad, por lo que es necesario que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo sea plenamente efectivo. De lo contrario la actividad judicial no sería un verdadero control, sino un mero expediente ritual o de carácter simbólico, lo cual, a su vez, implicaría un

---

<sup>338</sup> DE DIEGO DíEZ, «El proceso de habeas corpus: presupuestos materiales», en *Derecho procesal penal*, ob. cit., (ref. de 19 de junio de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

<sup>339</sup> Sin embargo, aun cuando dicha vinculación resulte plenamente lógica, la vulneración del derecho a la tutela judicial se habrá producido, primeramente, en el acceso a la jurisdicción.

menoscabo en la eficacia de los derechos fundamentales y, en concreto, de la libertad (STC 88/2011, de 6 de junio (F. J. 4º)).

### **3. Determinación de los órganos judiciales competentes para conocer del procedimiento de habeas corpus.**

No entraremos a analizar los pormenores detallados que informan el procedimiento en cuestión, pues no es el objeto del presente trabajo, si bien parece conveniente, dado el tema que venimos tratando, hacer referencia a dos cuestiones fundamentales que atañen directamente a los supuestos de terrorismo en relación con el procedimiento de Habeas Corpus.

En primer lugar, resulta obvio que de la suspensión prevista en el art. 55.2 CE no se desprende más que lo allí expresado, es decir, las únicas suspensiones posibles son aquellas pensadas respecto de los art. 17.2 y 18 apartados segundo y tercero de la Constitución española. El derecho a instar el procedimiento de habeas corpus<sup>340</sup> no se encuentra entre aquellas posibilidades, como, sin embargo, si ocurre con la previsión establecida para los casos contemplados en el art. 55.1 CE. En consecuencia, el derecho a instar el procedimiento de habeas corpus operará *también* en los supuestos de terrorismo; como se afirma en el primero de los preceptos de la LOHC cualquier persona detenida ilegalmente podrá instar el procedimiento, y entre ellos, evidentemente, los detenidos por delitos relativos a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

En segundo lugar, cierto es que el art. 17.4 CE no se suspenderá, o al menos no en virtud del art. 55.2 CE, sin embargo, será la legislación de desarrollo del procedimiento reconocido constitucionalmente quien asuma una configuración alejada del régimen de competencia general previsto. En efecto, el art. 2 LOHC, viene a establecer lo siguiente:

*“Si la detención obedece a la aplicación de la Ley Orgánica que desarrolla los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución el procedimiento deberá seguirse ante el juez Central de Instrucción correspondiente.”*

---

<sup>340</sup> Como afirma SORIANO SORIANO la denominación derecho de habeas corpus es impropia por cuanto se trata de un instrumento procesal para la defensa de un derecho, pero no un derecho propiamente dicho. Vid. nota 21.



De esta forma, mientras en delitos de terrorismo se residencia la competencia para conocer de tales procedimientos en los Juzgados Centrales de Instrucción, en casos ajenos a estos, las reglas generales de competencia ordenan el conocimiento de tales asuntos a los Juzgados de Instrucción donde se encuentre la persona detenida, o bien a los del lugar donde se produzca la detención o se hubieren tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido.

Podemos extraer algunas consideraciones al respecto; la primera, como se dijo, es un reconocimiento específico: se establece el derecho a instar el procedimiento de habeas corpus a los sujetos detenidos por la presunta comisión de los tales delitos de terrorismo<sup>341</sup>, y en segundo lugar, una vez reconocida tal posibilidad, se viene a atribuir la competencia para conocer de tales procedimiento a un órgano judicial centralizado, sito en Madrid (art. 7 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial), que habrá de resolver sobre la legalidad de la detención en el plazo de veinticuatro horas. Con ello, se viene a significar la incertidumbre que tal atribución supone para con el principio de inmediación judicial<sup>342</sup> y, consecuentemente, se podrían llegar a diluir las pretendidas notas de eficacia que se desprenden del contenido de la propia Exposición de Motivos de la LOHC. En palabras de SORIANO SORIANO se resta accesibilidad al procedimiento de habeas corpus<sup>343</sup>.

Vistas las razones antes expuestas acerca de la competencia de tales órganos judiciales, especializados por razón de la materia, críticamente se ha de afirmar que el procedimiento de habeas corpus no entiende de delincuencia común o especial gravedad de los delitos. Es, asimismo, ajeno a cuestiones de especialización en la investigación de ciertas tipologías delictivas y acotar su configuración por razones de estricta eficacia contraterrorista es materia extraña al mismo. La finalidad del procedimiento de habeas

---

<sup>341</sup> Al respecto puede verse la STC 153/1988, de 20 de julio (F. J.5º) donde se vino a sostener que: “*dicha garantía (la garantía de habeas corpus) se aplica también a quienes sean detenidos en virtud de su presunta pertenencia a bandas armadas según lo proclama no sólo el art. 1 de la LOHC, que alude a «cualquier persona detenida ilegalmente», sino el propio párrafo segundo del art. 2 de la referida Ley, que de forma expresa lo reconoce al mencionar el supuesto de hecho en que la tutela judicial compete al juez Central de Instrucción.*”

<sup>342</sup> Entendemos el principio de inmediación como la garantía capital del enjuiciamiento que permite al juez sentenciador constatar el cumplimiento de las garantías básicas de la contradicción, del derecho de defensa, así como la formulación conforme a la legalidad de la hipótesis acusadora, entre otras cuestiones. GUZMÁN FLUJA., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 126.

<sup>343</sup> SORIANO SORIANO, *El derecho de Habeas Corpus*, ob. cit., p. 241.

corpus es la inmediata puesta a disposición judicial del detenido en sede gubernativa al objeto de que sea un órgano judicial competente quien se pronuncie acerca de la legalidad, o si se prefiere, regularidad, de una detención. Los anteriores criterios no informan, por tanto, el fundamento y finalidad del procedimiento de habeas corpus, puesto que una cosa es la eficacia en la “*lucha frente al terrorismo*”, y cuestión distinta el ejercicio de garantías individuales. En consecuencia, la naturaleza del delito no informa los parámetros que configuran la finalidad del procedimiento. La atribución de competencia en la materia a los Juzgados Centrales de Instrucción supone un serio obstáculo en las posibilidades defensivas del detenido, normalmente incomunicado, y por tanto, si ese fuera el caso, quien finalmente concluirá la interposición de la solicitud de habeas corpus. Si en un primer momento, razones de política criminal aconsejaban y favorecían descargar al Juzgado de Instrucción de un partido judicial de tan grandes pesares, quizás actualmente tales elementos han visto disminuido su peso específico. Razones que dada la posibilidad de delegación existente en la derogada Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, de medidas contra actuaciones de bandas armadas y elementos terroristas, así como el art. 183 y ss. de la Ley Procesal Penal, nunca llegamos a compartir plenamente.

A modo de propuesta, entendemos más acorde con la naturaleza y finalidad del habeas corpus la posibilidad de atribuir el conocimiento de tales procedimientos, aun en los casos de terrorismo, a los Juzgados de Instrucción competentes según las reglas generales antes mencionadas y ello en base a los siguientes argumentos:

- La actual regulación se encuentra basada en argumentos extraños a la propia configuración del procedimiento. Con la atribución competencial que se viene manteniendo, se atiende a la verdadera naturaleza del procedimiento, garantía individual frente a detenciones ilegales.
- Se favorece la efectividad del carácter fiscalizador de la intervención judicial.
- El plazo de veinticuatro horas en el que habrá de resolverse informa positivamente acerca de la argumentación que venimos manteniendo. Resolver en tan corto pero necesario espacio de tiempo con plenas garantías en una materia tan delicada como la libertad individual es arduo complicado con la regulación actual.

- La regulación de la competencia excepcional de los Juzgados Centrales de Instrucción se establece en la LOHC, sin que la posterior Ley Orgánica del Poder Judicial haya recogido tales extremos en su articulado.

## **VI. LA DETENCIÓN INCOMUNICADA.**

El Tribunal Supremo ha definido la incomunicación como “*una medida excepcional que la autoridad judicial competente podrá adoptar, bajo su responsabilidad, mediante auto motivado, en función de las necesidades de la instrucción, para aislar a los diversos sospechosos con objeto de lograr el mejor esclarecimiento de los hechos que se les imputen*” (STS de 12 de junio de 1998 (F. J. 1º)). No sin reservas respecto del referido carácter excepcional como a continuación podremos de manifiesto.

Presenta dos modalidades, por cuanto podrá ser acordada de oficio, con carácter general, por órganos judiciales competentes (art. 509.1 LEcrim) o bien ser decretada, excepcionalmente, previa incomunicación y posterior solicitud de la autoridad gubernativa, para los supuestos del art. 384 bis LEcrim (art. 520. bis. 2 LEcrim).

En cuanto a sus presupuestos, ha de venir presidida por las siguientes notas:

- a) Especialidad de los delitos para los que está prevista, esto es, delitos cometidos por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes.

Tal característica será predicable de la incomunicación formalizada por la autoridad gubernativa, pues la incomunicación acordada de oficio, *ex novo*, procedería, según el tenor de la Ley Procesal, también frente a otros tipos delictivos. Llama la atención que la Ley Procesal Penal obvie cualquier tipo de referencia a los tipos penales que permiten concretar la medida de detención incomunicada. Muy al contrario, se permite la aplicación generalizada de dicha medida, con independencia de la tipología delictiva de que se trate, siempre y cuando se fundamente en la consecución de las finalidades previstas en el art. 509.1 LEcrim. La regulación de la detención en régimen de incomunicación fija normativamente una excesiva amplitud respecto de los tipos delictivos susceptibles de admitir una medida limitativa de derechos fundamentales de tan gran calado, quizás atenuada por la consecución de dichas finalidades. Sin embargo, tales argumentos no pueden ser compartidos plenamente, por cuanto la valoración de los

riesgos a que el precepto hace referencia resulta de todo punto genérica, no previéndose un marco normativo adecuado a partir del cual proceder a dicha valoración. Será respecto de la posibilidad de prorrogar la medida de incomunicación que se establezcan determinados límites, como posteriormente tendremos ocasión de desarrollar, por cuanto solo procederá frente a los delitos a que se refiere el art. 384 bis LEcrim, o bien frente a delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, como dispone el apartado segundo del art. 509 LEcrim. Si bien, creemos que dichos acotamientos resultan aún insuficientes. Abogamos por una clara, precisa y detallada descripción de los tipos delictivos a los que podría afectar la medida de incomunicación.

- b) Decretada mediante resolución judicial motivada.
- c) Existencia de una imputación previa (*fumus bonis iuris*), basada en indicios objetivos y razonables, procurando la evitación de riesgos para la consecución de un proceso posterior (*periculum in mora*), o bien facilitando la eficacia de una investigación que se presume especialmente compleja.

De otro lado, dado el alto grado de lesividad que la medida de incomunicación conlleva para con los derechos del sujeto detenido, se ha subrayado el carácter urgente que ha de informar la práctica de las diligencias a desarrollar durante el período de tiempo que pueda durar la misma. Junto a dicho carácter urgente se sitúa la provisionalidad de la medida, por cuanto su utilización vendrá limitada en el tiempo a la observancia de los estrictos plazos previstos en la Ley Procesal Penal.

La detención incomunicada consistiría entonces en una medida cautelar prevista con carácter general<sup>344</sup>, cuya aplicación resulta ser excepcional<sup>345</sup>. Será acordada, de manera definitiva, exclusivamente por órganos judiciales competentes, mediante auto, durante un período de tiempo limitado y con una finalidad netamente investigadora (esclareciendo los hechos objeto de investigación) y/o aseguradora (manteniendo afecta

---

<sup>344</sup> TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho: comentario a las leyes orgánicas 3 y 4 de reforma del Código Penal y de la ley de enjuiciamiento criminal*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 111.

<sup>345</sup> Se trataría de una medida de carácter general, cuya adopción posee las referidas notas de excepcionalidad que se desprenden del art. 509 LEcrim. Dicha excepcionalidad no se predica de una medida prevista para la generalidad de supuestos, sino que será su aplicación quien sostenga la referida nota de excepcionalidad.

a la persona del detenido incomunicado y previendo la imposibilidad de interacción con el exterior).

## **1. Principios que informan la constitucionalidad de la medida.**

El marco diseñado por el Legislador respecto de las resoluciones que acuerdan medidas limitativas de derechos fundamentales, y entre ellas, la práctica de la detención incomunicada, exige que las mismas contengan los elementos necesarios para poder sostener que se ha realizado la necesaria ponderación de los bienes jurídicos, valores y derechos en juego (ATC 155/1999, de 14 de junio (F. J.4º)).

De esta forma, se habrá de ponderar la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, la adecuación de la medida para alcanzarlo y el carácter imprescindible de la misma<sup>346</sup>. A lo que se ha de añadir la existencia de los suficientes indicios a partir de los cuales poder deducir la conexión de la persona sometida a incomunicación con el delito investigado, pues la conexión entre la causa justificativa de la limitación pretendida, esto es, la averiguación del delito, y el sujeto afectado por ésta, es un *prius* lógico del juicio de proporcionalidad<sup>347</sup>.

### **1.1. El principio de necesidad y la detención incomunicada.**

Como se acaba de afirmar, la adopción de la medida limitativa que tratamos ha de resultar imprescindible para la consecución del legítimo fin perseguido. Al respecto el Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo que la necesidad de incomunicar deriva de la finalidad que se pretende alcanzar con la medida, pues la especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos o las circunstancias subjetivas y objetivas que concurran en ellos, pueden hacer imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas con el mayor secreto (STC 196/1987, de 11 de diciembre (F. J. 7º)). Sin embargo, tales argumentos se han atenuado en posteriores pronunciamientos hasta el punto de manifestar la existencia de una mera necesidad genérica de incomunicar, inherente a tales tipologías delictivas, que se sustenta en los siguientes razonamientos (SSTC 127/2000, de 16 de mayo (F. J. 3º) y 7/2004, de 9 de febrero (F. J. 5º), entre otras):

---

<sup>346</sup> STC 49/1999, de 5 de abril (F. J. 5º), entre otras.

<sup>347</sup> SSTC 49/1999, de 5 de abril (F. J. 8º) y 166/1999, de 27 de septiembre (F. J. 8º).

1. La posibilidad de acordar una situación de incomunicación (así como prorrogar el plazo de detención) ha sido prevista por el Legislador, en la investigación de los supuestos de terrorismo, por lo que se viene a sostener que habiéndose valorado previamente la necesidad de la medida a la finalidad que persigue, no es necesario ahondar en una mayor argumentación acerca de la misma.
2. El principio de necesidad que ha de informar, en todo caso, la adopción de la medida puede afirmarse genéricamente, en términos de elevada probabilidad y con independencia de las circunstancias personales del sometido a incomunicación, dada la naturaleza del delito investigado y los conocimientos sobre la forma de actuación de las organizaciones terroristas.

Ahora bien, cierto es que proclamando el carácter genérico de tal principio para con los citados supuestos se potencia la eficacia investigadora y sobre todo aseguradora de la detención incomunicada, sin embargo, las consecuencias que se derivan de la relajación de los parámetros de necesidad, que han de concurrir en toda medida limitativa de derechos fundamentales, suponen un serio menoscabo de las garantías que tales derechos exigen, puesto que:

- Al limitarse las garantías inherentes a los derechos fundamentales, se realiza un juicio valorativo mediante la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Afirmándose la necesidad genérica de comunicar inherente a la investigación de los delitos de terrorismo el riesgo de desnaturalizar tal ponderación, junto a la exigencia de motivación, es elevado.
- Una necesidad genérica basada en los anteriores argumentos podría sostener la aplicación de la medida, de forma general, ante todos y cada uno de los supuestos que se planteen, sin una previa valoración de las circunstancias concurrentes. Con ello no se atendería al carácter excepcional que informa la aplicación de la medida, pudiéndose convertir la adopción de la misma en la regla general y la posibilidad de no acordar la incomunicación en la excepción a dicha regla.
- Se ha de tener en cuenta que en un principio el propio Tribunal Constitucional se expresaba en términos de probabilidad al declarar que las anteriores premisas, naturaleza del delito o las circunstancias subjetivas y objetivas del mismo, *“pueden hacer imprescindible”* la incomunicación y no *“hacen en todo caso”*

*imprescindible*” la misma. De igual forma, la propia Ley Procesal Penal se expresa en términos de probabilidad al respecto, por cuanto tanto el art. 509.1 LEcrim, “*podrá acordar excepcionalmente*”, como el art. 520.bis. 2 LEcrim, “*podrá solicitarse del juez que decrete su incomunicación*”, establecen la posibilidad de acordar la incomunicación y no la necesidad de su adopción en todo caso. Que la medida sea indispensable o no, nos conduce al análisis del caso concreto, hecho que se desvirtúa con la consideración de una necesidad genérica.

- Tales tipologías delictivas vienen caracterizadas por su especial gravedad y la complejidad de su investigación sin que en modo alguno la necesidad de incomunicación sea consustancial a las mismas. Ésta debería ser valorada, como en otros supuestos de limitación de derechos fundamentales también con una finalidad investigadora, cuando sea imprescindible al fin perseguido.
- Se requiere la ya mencionada concurrencia de indicios que conecten el delito que se investiga con el sujeto a incomunicar, circunstancia que al afirmarse la suficiencia de un principio de necesidad genérica podría ver reducida su aplicación práctica, pues aun en presencia de indicios, menos objetivos y menos razonables, podríamos llegar al mismo resultado.
- Se produciría un nada recomendable automatismo entre la solicitud de incomunicación y su concesión.

En conclusión, nos decantamos por la posición adoptada al inicio por el Tribunal Constitucional en las referidas resoluciones STC 196/1987, de 11 de diciembre y ATC 155/1999, de 14 de junio, por cuanto procuran la observancia del principio de necesidad en consonancia con el respeto debido a tales derechos, sin que la consideración del citado principio se convierta en mero papel mojado.

#### 1.2. La exigencia de motivación respecto de las resoluciones que acuerdan la detención en régimen de incomunicación.

La exigencia de motivación se configura como requisito que informa la legitimidad constitucional de las medidas limitativas de derechos fundamentales. Cumplida dicha obligación, se brinda la oportunidad tanto de conocer las razones que fundamentan la afectación de derechos fundamentales como se posibilita el control judicial posterior de tales medidas limitativas. Veamos entonces cómo se articula dicha exigencia en la materia que nos ocupa.

a) *Cuestiones doctrinales.*

El cumplimiento del requisito de motivación de la resolución judicial que acuerde el estado de incomunicación se verá satisfecho, a grandes rasgos, mediante la exteriorización de las razones fácticas y jurídicas que informan su adopción. Dicha resolución se conformará mediante auto (art. 506.1 LEcrim) obviamente motivado (art. 509.3 LEcrim), donde se contendrán los extremos mencionados con la necesaria suficiencia.

La exigencia de motivación requiere de un especial rigor derivado de la limitación que suponen tales medidas para con los derechos fundamentales del incomunicado (STC 196/1987, de 11 de diciembre y STS de 13 de julio de 2006 (F. J. 1º)), debiendo considerarse tanto las circunstancias del caso, la naturaleza de la resolución a adoptar (STS de 8 de mayo de 1995 (F. J. 3º)) como las necesidades de la investigación (STS de 3 de octubre de 1998 (F. J. 3º)). Asimismo, según reiterada Jurisprudencia, no resulta necesaria la explicitación “*de lo que por sabido resulta innecesario*” (STC 200/1997, de 24 de noviembre (F. J. 5º)) sosteniéndose que para valorar la exigencia de motivación se habrán de considerar tanto los datos explícitos de que se disponga como aquellos que se puedan deducir del contexto en que los mismos se desenvuelven, llegándose a asimilar los datos de contexto con la finalidad de asegurar la eficacia de la investigación de unos hechos que revisten carácter delictivo.

De otro lado, encontramos pronunciamientos judiciales en los que se viene justificando el hecho de atemperar el rigor que ha de presidir la exigencia de motivación respecto de la medida de incomunicación en base a los siguientes argumentos:

- Carácter irrecurrible de las resoluciones judiciales que acuerdan la incomunicación (STS de 22 abril de 2005 (F. J. 4º)).



- Frecuencia con que los órganos judiciales vienen autorizando su práctica<sup>348</sup>.
- La notoriedad del carácter armado y organizado justifica medidas limitativas *“sin mayores esfuerzos argumentales.”*<sup>349</sup>

Tal y como venimos entendiendo justificada la medida de incomunicación, atendiendo a su carácter proporcionado, necesario e idóneo a un fin constitucionalmente legítimo y valoradas las específicas circunstancias del caso en cuestión, creemos más ajustado a tales premisas los razonamientos vertidos el inicio, donde en aras de entender satisfecha la exigencia de motivación de la medida limitativa de derechos fundamentales, se valoran tanto las circunstancias del caso (STS de 8 de mayo de 1995), como las necesidades de la investigación (STS de 3 de octubre de 1998). Datos como la frecuencia de su adopción o la imposibilidad de recurrir las resoluciones judiciales citadas no toman en consideración tales parámetros. Como se afirmaba, el hecho de propugnar una necesidad genérica de incomunicación inherente a la investigación de los delitos de terrorismo desvirtúa la operatividad de la exigencia de motivación de los referidos Autos.

*b) La afectación de derechos que la inobservancia de la exigencia de motivación conlleva.*

La garantía de motivación de las resoluciones judiciales se configura desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de tal forma que, si tal motivación no existe o es insuficiente o arbitraria e irracional queda lesionado el

---

<sup>348</sup> STS de 22 abril de 2005 (F. J. 4º): *“El motivo no puede prosperar, por las siguientes razones: a) Porque las limitaciones legalmente establecidas a las personas detenidas e incomunicadas, en cuanto a los plazos máximos de detención e incomunicación, en su caso, y respecto del nombramiento de Letrado para que asista a las diligencias policiales y judiciales de que sean objeto, cuando se trate de personas presuntamente integradas o relacionadas con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes; b) Porque, dada la gravedad de este tipo de hechos y la dificultad de su investigación, la prórroga del plazo de detención e incluso la incomunicación de estas personas es ciertamente frecuente, con la correspondiente autorización judicial.”*

<sup>349</sup> STS de 28 de octubre de 2005 (F. J. 3º): *“Es obvio que las medidas judiciales llevadas a cabo frente a la actuación de una banda armada y organizada, como sin duda lo es (hecho notorio) ETA, contienen contornos que justifican cualquier tipo de confabulación entre todos sus integrantes, cualquiera que sea el papel que desempeñen en cada momento, que puede obstaculizar la investigación, primero policial, y después, judicial, que autoriza sobradamente a tomar una medida como la cuestionada por el recurrente, sin mayores esfuerzos argumentales. La razonabilidad de la medida no puede ser, en consecuencia, exhaustiva, y se ha dictado por la autoridad judicial, con razonamientos escuetos.”*

derecho a la tutela judicial (STS de 6 octubre de 1997 (F. J. 2º)), tal y como tuvimos ocasión de desarrollar en el primero de los capítulos que componen la presente obra. Sin embargo, en materia de incomunicación, o en general, tratándose de la afectación de derechos fundamentales, el requisito de motivación deriva de constituir una limitación excepcional de tales derechos (ATC 155/1999, de 14 de junio (F. J. 4º)). Al igual que ocurre con el derecho a la tutela judicial efectiva, la ausencia o insuficiencia de motivación de las resoluciones judiciales, en estos casos, afecta también al propio derecho fundamental<sup>350</sup>.

*c) Motivación por remisión.*

Al objeto de potenciar el aseguramiento del éxito de la investigación se ha entendido satisfecha la exigencia constitucional de motivación mediante la remisión a los oficios policiales donde se solicita la adopción de la medida de incomunicación o la prórroga de la detención<sup>351</sup>. Se acepta tal forma de motivación, siempre y cuando, sea posible deducir del contenido de tales oficios:

- Los datos del sujeto detenido así como la descripción de los hechos que motivaron su detención.
- La expresión de los indicios concurrentes que conecten la persona del detenido con los hechos anteriores.
- La necesidad e idoneidad de la medida al fin perseguido.

Ahora bien, como tendremos ocasión de desarrollar en Capítulos venideros, la remisión al oficio policial no debería comprender la suficiencia de la exigencia de motivación, sino ser contenido de la misma, para que una vez valorados los argumentos que se

---

<sup>350</sup> STC 170/1996, de 29 de octubre (F. J. 7º): “cuando se trata de una medida restrictiva de derechos, compete al Tribunal Constitucional, en su tarea de protección del derecho fundamental afectado, controlar en último término la motivación ofrecida no sólo en el sentido de resolución fundada y razonada, sino también como único medio de comprobar que la restricción del derecho fundamental ha sido razonable y proporcional, acorde con los fines de la institución y resultado de un juicio de ponderación de los derechos fundamentales y bienes constitucionales en pugna (...). Este Tribunal tiene dicho que, en supuestos como el presente, la falta o insuficiencia de la motivación afecta a la propia existencia del supuesto habilitante para la suspensión o restricción del derecho afectado.”

<sup>351</sup> SSTC 123/1997, de 1 de julio (F. J. 5º), 49/1999, de 5 de abril (F. J. 11º), 239/1999, de 20 de diciembre (F. J. 6º), 7/2004, de 9 de febrero (F. J. 5º), como SSTS de 17 abril de 1995 (F. J. 2º) y de 3 octubre de 1996 (F. J. 1º), entre otras.

exponen en el oportuno documento, el órgano judicial competente decida sobre la procedencia de la medida limitativa, plasmando, en la correspondiente resolución judicial, las razones por las que se acuerda o desautoriza su práctica.

Como acabamos de advertir, la decisión judicial de incomunicar a un sujeto requiere de una suficiente motivación que exprese el razonamiento, tanto fáctico como jurídico, que fundamenta la adopción de la medida limitativa (art. 509.3 LEcrim). Dicha resolución contendrá, además, aquellos datos que revelen, de forma indiciaria y racional, la existencia de unos hechos delictivos y su conexión personal. Evidentemente, en este estadio de la investigación, en ocasiones, no se podrá contar más que con tales indicios o sospechas acerca de la *notitia criminis* y su conexión personal, si bien el requisito de motivación exige que se exteriorice la valoración otorgada a tales extremos así como la finalidad con que se adopta la medida. Como se sostiene en STS de 8 de mayo de 1995 (F. J. 3º), la motivación exige que la resolución contenga una fundamentación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación razonable del Derecho, a un supuesto específico. En consecuencia, la aceptación de la constitucionalidad de la motivación de las resoluciones judiciales que acuerdan la restricción de derechos fundamentales por remisión a los oficios policiales, actúa en detrimento de los referidos derechos del sujeto sometido a las anteriores medidas cautelares.

## **2. Derechos afectados a consecuencia de la detención acordada en régimen de incomunicación.**

La situación de incomunicación prevé la adopción de determinadas medidas cuyo fin es precisamente hacer que dicho estado sea efectivo. Tales extremos se encuentran expresamente contenidos en el art. 527 LEcrim y se concretan en:

- La imposibilidad de designar abogado de confianza mientras dure la incomunicación, si bien se designará un letrado de oficio.
- Restricción del derecho a comunicar a terceras personas el hecho de la detención y el lugar de custodia.
- Limitación del derecho a entrevistarse reservadamente con su abogado al término de la diligencia en la que hubiere intervenido.

Asimismo el detenido en régimen de incomunicación tiene restringidos, mientras dure la situación de incomunicación, los siguientes derechos:

- Art. 523 LEcrim: *“Cuando el detenido o preso deseara ser visitado por un ministro de su religión, por un médico, por sus parientes o personas con quienes esté en relación de intereses, o por las que puedan darle sus consejos, deberá permitírsele con las condiciones prescritas en el reglamento de cárceles, si no afectase al secreto y éxito del sumario.”*

No podrá impedirse la relación del abogado con el sujeto privado de libertad mientras estuviere en comunicación. De donde podemos deducir, que sí es posible trabar la relación abogado-cliente del incomunicado.

- Art. 522 LEcrim: *“Todo detenido o preso puede procurarse a sus expensas las comodidades u ocupaciones compatibles con el objeto de su detención y con el régimen del establecimiento en que esté custodiado, siempre que no comprometan su seguridad o la reserva del sumario.”*
- Art. 524 LEcrim: *“El juez instructor autorizará, en cuanto no se perjudique el éxito de la instrucción, los medios de correspondencia y comunicación de que pueda hacer uso el detenido o preso.”*

A pesar de la condicionalidad de los términos, en ningún caso debe impedirse a los detenidos o presos la libertad de escribir a los funcionarios superiores del orden judicial.

- Art. 525: *“No se adoptará contra el detenido o preso ninguna medida extraordinaria de seguridad sino en caso de desobediencia, de violencia o de rebelión, o cuando haya intentado o hecho preparativos para fugarse. Esta medida deberá ser temporal, y sólo subsistirá el tiempo estrictamente necesario.”*

Sin embargo, no creemos que sea materia excepcional, es decir, las garantías previstas en el precepto indicado, se articularán con independencia del régimen de comunicación en que se encuentre el sujeto privado de libertad. Como advertimos anteriormente, entre el haz de garantías que integran el derecho a un proceso justo, se incluyen tanto la norma del artículo 24.1 -que proscribía la indefensión- como la del artículo 24.2 de la Constitución -que reconoce el derecho a la defensa- que protegen estos derechos con

independencia del tipo de proceso en donde se actúe, con la finalidad de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción; eso lleva aparejado el deber judicial de evitar desequilibrios e impedir limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión (STC 47/1987, de 22 de abril (F. J. 2º)). El derecho de defensa, nos ilustra MORENO CATENA, se traduce en una serie de garantías o derechos instrumentales, también de rango constitucional, que configuran un derecho de contenido múltiple: derecho a la asistencia de abogado; a la utilización de los medios de prueba pertinentes; a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. De esta forma, como uno de los derechos instrumentales del más amplio derecho de defensa, se reconoce constitucionalmente el derecho a la asistencia de abogado que se garantiza tanto en las diligencias policiales como en las judiciales (arts. 17.3 y 24.2 CE).

De lo dicho puede extraerse ya una primera conclusión: el derecho de defensa ha de reconocerse no sólo después de que el instructor haya formado su convicción sobre la responsabilidad del imputado, ni una vez que se haya abierto el juicio y se haya formulado la acusación formal, sino desde el instante en que exista una imputación contra persona determinada<sup>352</sup>. La citada STC 196/1987, de 11 de diciembre, (F. J. 4º), distingue el derecho a la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales, que podremos enmarcar dentro del art. 17.3 CE, como una de las garantías del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) y la asistencia letrada al imputado o acusado que la propia Constitución española contempla en el art. 24.2, dentro del marco del derecho tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso debido. Ya pusimos de manifiesto que el contenido del derecho a la asistencia letrada varía en función del estadio en que nos encontremos. Si bien, matizamos la referencia al derecho de asistencia letrada en singular, amén de las formas y contenidos en que pueda

---

<sup>352</sup> MORENO CATENA, «Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales», en *Teoría y Derecho*, ob. cit., (ref. de 9 de julio de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

manifestarse, sin que dicho diverso contenido, en nuestra opinión, permita realizar tal diferenciación conceptual<sup>353</sup>.

Asimismo, la libertad que corresponde a cada individuo a la hora de decantarse por el profesional a quien encargar dichas tareas se encuentra implícita en el derecho a la asistencia de abogado. Sin embargo, la facultad para elegir libremente abogado conoce la excepción prevista en el art. 527 LEcrim: mientras el detenido o preso se halle incomunicado su abogado será en todo caso designado de oficio. A tal fin las salvaguardas que se regulan en el art. 510 LEcrim para con los derechos fundamentales del sujeto incomunicado, resultan claramente insuficientes. Al margen de las cuestiones del apartado segundo del citado precepto, donde se pueden contemplar cuestiones de índole diversa<sup>354</sup>, lejos de prever un régimen garantista para el así privado de sus derechos fundamentales, permite una afectación aún más severa al prohibir que el sujeto preso realice o reciba comunicación alguna, a no ser que a juicio del juez o tribunal instructor, la realización de tales comunicaciones no frustre la finalidad de la prisión incomunicada. ¿No es posible recibir comunicación del letrado designado de oficio? En un principio, cabría pensar que la única asistencia que podrá recibir el sujeto incomunicado respecto del letrado designado de oficio, será su mera presencia en las oportunas diligencias en que se formalice la eventual declaración del mismo.

---

<sup>353</sup> Como afirma MORENO CATENA, «Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales», en *Teoría y Derecho*, ob. cit., (ref. de 9 de julio de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), resulta difícil aceptar la distinción que plantea el Tribunal Constitucional entre el derecho a la asistencia de abogado durante la detención en las diligencias tanto policiales como judiciales (art. 17.3 CE), que operaría como una de las garantías del derecho a la libertad, y el derecho a la asistencia de abogado del art. 24.2, que se enmarcaría dentro del derecho a la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido, especialmente del penal, y, por tanto, en relación con el "acusado" o "imputado". Y ello, porque lo cierto es que la formulación constitucional no difiere en ambos casos (asistencia de abogado al detenido, asistencia de letrado), y la esencia del derecho fundamental deriva de la defensa jurídica de la persona contra quien se ha formulado una imputación y frente a quien la ha formulado, sea la policía durante la detención policial, sea un juez si se trata de detención judicial o de prisión provisional.

<sup>354</sup> Cabría preguntarse si tendría cabida la asistencia religiosa personal, más allá de la mera lectura de los correspondientes documentos religiosos. Evidentemente la respuesta, en un principio, será negativa, a pesar del deber de silencio que informa el quehacer de los sujetos que dedican su vida a tales opciones. En los casos en que dicha asistencia religiosa se pueda prestar con garantías para el éxito de la medida de incomunicación, especial cuidado con la posibilidad de contemplar determinadas soluciones en función de la opción religiosa deseada.

Se excepcionarían, de nuevo a juicio del órgano judicial, aquellas comunicaciones que pudieran redundar en beneficio de una más eficaz investigación, lo cual evidentemente pertenece a un ámbito que no se correspondería, sino por referencia indirecta, con el que aquí tratamos de la privación de libertad que se desarrolla en régimen de incomunicación.

Asimismo, el incomunicado podrá asistir con las precauciones debidas a las diligencias en que le dé intervención la Ley Procesal Penal cuando su presencia no pueda desvirtuar el objeto de la incomunicación.

a) Garantías frente a eventuales vulneraciones de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 15 CE.

En garantía precisamente de la protección de derechos fundamentales susceptibles de ser vulnerados durante el tiempo de duración de la medida cautelar de detención y/o prisión incomunicada sería conveniente desarrollar adecuados mecanismos de contención de eventuales efectos potencialmente perversos. Como expusimos unas páginas más arriba, mecanismos que coadyuvarían a evitar contingentes vulneraciones de derechos fundamentales, véase el ya mencionado art. 15 CE referido a la prohibición de torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes, en directa relación con el art. 24.2 CE, respecto de las garantías procesales básicas del ciudadano, como a la frustración de denuncias fraudulentas sobre la base de determinados tipos penales, véase art. 456 y ss. del Código Penal<sup>355</sup>.

b) La asistencia sanitaria al sujeto privado de libertad en situación de incomunicación.

La principal garantía real que se prevé respecto de la situación del sujeto preso sometido a incomunicación, aunque quizás no goza de la eficacia y predicamento que, en un

---

<sup>355</sup> A título de ejemplo, la STC 63/2012, de 18 de octubre. Recientemente la STEDH de 24 de julio de 2012, Caso B.S c. España, aun susceptible de impugnación ante la Gran Sala a fecha de 25 de julio de 2012, donde tras señalar la importancia de una investigación oficial efectiva en los procesos penales en que se dilucidan presuntas violaciones del art. 3 del Convenio, referido a la prohibición de torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes en relación con el art. 1 del mismo cuerpo legal, realiza expreso pronunciamiento sobre la imposibilidad de identificar a los presuntos agresores así como residencia el carácter no concluyente de los informes médicos en la insuficiencia de la investigación practicada. (ref. de 25 de agosto de 2012), disponible en Web: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

principio sería deseable, resulta ser el derecho a ser reconocido por un segundo médico forense designado por el juez o tribunal competente para conocer de los hechos. Claro que, siempre y cuando así lo solicite el incomunicado<sup>356</sup>.

Dicho profesional será designado de oficio. El sujeto incomunicado no tiene la opción de elegir un médico asistente de confianza, entre otras, por aquellas mismas razones por las que no puede disponer de un letrado del mismo carácter. Si bien, las radicales diferencias existentes entre ambas asistencias no nos permiten posicionarnos a favor de la libre elección de médico de confianza, que concurra en su labor, con el profesional designado de oficio. La asistencia del médico forense se configura como un mecanismo de prevención de esencial importancia, por lo que resultaría preferible delimitar los protocolos necesarios para desarrollar una mayor asiduidad en su práctica.

Asimismo, la presencia regular de sujetos no gubernativos que asistan al detenido en dependencias policiales, sosteniendo junto al médico forense de oficio la responsabilidad de velar por la integridad del sujeto incomunicado, y constituyéndose, con su actuación, en inmediata y directa fuente de prueba. De esta suerte, la Resolución de 25 de enero de 2012, de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, por la que se modifica el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo, al objeto de que esta Institución asuma las funciones del Mecanismos Nacional de Prevención a que se refiere el Protocolo Facultativo de la Convención contra la tortura y otros malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradante, hecho en Nueva York, el 18 de diciembre de 2002, estableciendo la estructura, composición y funcionamiento del Consejo Asesor que prevé la citada reforma como órgano de

---

<sup>356</sup> El art. 510.4 LEcrim establece, con una terminología de carácter claramente restrictivo, que el “*el preso sometido a incomunicación que así lo solicite tendrá derecho a ser reconocido por un segundo médico forense designado por el juez o tribunal competente para conocer de los hechos.*”

Se hubiera preferido la más amplia denominación “*sujeto privado de libertad*” en lugar de reducir el derecho que contemplamos a los sujetos privados de libertad mediante mandamiento de prisión, sea ésta provisional o no.



cooperación técnica y jurídica en el ejercicio de las funciones propias del Mecanismo Nacional de Prevención<sup>357</sup>.

c) La confidencialidad de la relación médico-paciente.

La confidencialidad debida en el ejercicio de la profesión médica se encuentra estrechamente vinculada con el art. 18.1 CE<sup>358</sup>, referente al derecho a la intimidad, y el art. 20.1 d) CE, donde se reconoce y protege el derecho al secreto profesional<sup>359</sup>.

---

<sup>357</sup> Art. 1.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo, aprobado por las Mesas del Congreso y del Senado, a propuesta del Defensor del Pueblo, en su reunión conjunta de 6 de abril de 1983: “*El Defensor del Pueblo ejercerá las funciones de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, previstas en el Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecho en Nueva York el 18 de diciembre de 2002, y dará cuenta de su actividad a las Cortes Generales y al Subcomité para la Prevención de la Tortura de la Organización de las Naciones Unidas.*”

<sup>358</sup> ATC 600/1989, de 11 de diciembre (F. J. 2º) referente a la relación existente entre el secreto médico y el derecho fundamental a la intimidad: “*el secreto profesional, en cuanto justifica, por razón de una actividad, la sustracción al conocimiento ajeno de datos o informaciones obtenidas que conciernen a la vida privada de las personas, está estrechamente relacionado con el derecho a la intimidad que el art. 18.1 de la Constitución garantiza, en su doble dimensión personal y familiar, como objeto de un derecho fundamental. En tales casos, la observancia del secreto profesional puede ser garantía para la privacidad, y el respeto a la intimidad, una justificación reforzada para la oponibilidad del secreto, de modo que se proteja con éste no sólo un ámbito de reserva y sigilo en el ejercicio de una actividad profesional que, por su propia naturaleza o proyección social se estime merecedora de tutela, sino que se preserve, también, frente a intromisiones ajenas, la esfera de la personalidad que el art. 18.1 de la Constitución garantiza. Ello adquiere especial relevancia en el caso del secreto médico, habida cuenta de la particularidad de la relación que se establece entre el profesional de la medicina y el paciente, basada firmemente en la confidencialidad y discreción y de los diversos datos relativos a aspectos íntimos de su persona que con ocasión de ella suelen facilitarse. De ahí que el secreto profesional sea concebido en este ámbito como norma deontológica de rigurosa observancia, que encuentra una específica razón de ser no ya en la eficiencia misma de la actividad médica, sino en el respeto y aseguramiento de la intimidad de los pacientes.*”

<sup>359</sup> Tal y como afirma la STC 110/1984, de 26 de noviembre (F. J. 10º) se entiende por secreto profesional: “*el deber de secreto que se impone a determinadas personas, (...), de lo que conocieren por razón de su profesión.*” El secreto profesional, dentro del cual se ha de incluir al secreto médico, resultar ser aquella institución en virtud de la cual los profesionales que tienen conocimiento de información que afecta a la intimidad de un particular y que éste revela por resultar necesario para poder obtener la prestación o servicio que aquéllos ofrecen, vienen obligados a mantenerla en secreto, sin que puedan ni divulgarla ni revelarla. ORTEGA LLORENTE, «El secreto profesional médico: garantía a la intimidad y límite de la investigación penal», en *Jueces para la Democracia*, 1999, nº 36, p.48, citado en DE MIGUEL SÁNCHEZ, *Secreto médico, confidencialidad e información sanitaria*, Marcial Pons, Barcelona, 2002, p. 89.

El correspondiente desarrollo legislativo respecto del derecho fundamental a la intimidad personal, en el ámbito sanitario, se produce a través de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la cual se expresa del siguiente modo en su art. 7.1:

*“Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.”*<sup>360</sup>

Asimismo, la más reciente Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, dispone en su art. 7.1:

*“Todas las personas tienen derecho al respeto de su dignidad e intimidad personal y familiar en relación con su participación en actuaciones de salud pública.”*

Debemos concluir que tanto el desarrollo de los reconocimientos médicos practicados como los posteriores informes donde se plasmen los resultados que la exploración arroja, habrán de producirse en la más absoluta confidencialidad, sin que quepa su conocimiento por personas ajenas al propio médico y al sujeto explorado. A salvo, la resolución judicial que, de forma motivada, ordene la entrega de dicha documentación al correspondiente órgano judicial, no exenta de determinadas reservas, o evidentemente, mediante la aportación voluntaria del sujeto explorado.

Desde un punto de vista deontológico, vinculante para los profesionales de la Medicina, habrá que estar a lo establecido en el Código de Ética y Deontología Médica, referente al secreto profesional médico, que delimita el ámbito en que el secreto médico está llamado a desenvolverse, concibiéndolo como un derecho del paciente a salvaguardar su intimidad ante terceros, inherente al ejercicio de la profesión médica, que obliga a todos los profesionales del sector, cualquiera que sea la modalidad de su ejercicio, debiendo

---

<sup>360</sup> La asistencia sanitaria prestada en dependencias gubernativas, aun siendo una potencial fuente de prueba en un proceso penal posterior, se contempla primeramente, en garantía de los derechos fundamentales del sujeto privado de libertad, el cual, aun no presentando dolencia alguna, tendrá, a los efectos sanitarios, la consideración de paciente.

guardar secreto de todo lo que el paciente le haya confiado y de lo que se haya conocido en el ejercicio de la profesión<sup>361</sup>.

d) La video-grabación del espacio donde se encuentre el sujeto privado de libertad en régimen de incomunicación.

La video-grabación del enclave donde se encuentre el sujeto incomunicado lejos de significar un excesivo celo respecto de la actuación y profesionalidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, aporta unas indudables ventajas que contribuyen a la consecución de una investigación y posterior enjuiciamiento penal, ajustado a las normas que informan la configuración del proceso debido<sup>362</sup>. No debemos olvidar que cuando las medidas cautelares que aquí se contemplan son llevadas a la práctica, han significado el fruto de una exhaustiva investigación que se ha prolongado durante un más que razonable período de tiempo, en cumplimiento del mandato constitucional que establece el art. 126 CE, debidamente desarrollado en el art. 282 y ss. de la LEcrim. Cuales son dichas ventajas, los diferentes métodos de grabación de la imagen y el sonido permitirían dejar constancia del pleno respeto de los derechos fundamentales del sujeto privado de libertad durante el tiempo que dure la medida cautelar. Asimismo, contribuye a evitar que prosperen las referidas denuncias fraudulentas por infracción del art. 15 CE, o a sensu contrario, constituir una fuente de prueba de extraordinario valor, en los casos en que las dichas vulneraciones se hubieran producido realmente<sup>363</sup>. Indudablemente, con una repercusión manifiesta a los efectos de su consideración en

---

<sup>361</sup> Arts. 14 y ss. del Código de Ética y Deontología Médica de 1999, y actualmente la regulación de los arts. 27 y ss. del Código de Ética y Deontología Médica de 2011, conceptúan el secreto médico como una obligación del profesional de mantener la reserva y la confidencialidad de todo aquello que el paciente le haya revelado y confiado, lo que haya visto y deducido como consecuencia de su trabajo y tenga relación con la salud y la intimidad del paciente, incluyendo el contenido de la historia clínica.

<sup>362</sup> El Informe anual del mecanismo contra la prevención de la tortura, *“La prevención de la tortura a través de un mecanismo nacional”*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2010, Nota 145, p. 81, aconseja situar los mecanismos de video vigilancia y videograbación en todos los espacios de uso potencial de los sujetos sometidos a incomunicación.

<sup>363</sup> La incuestionable alarma social que provocan determinadas vulneraciones de derechos fundamentales acaecidas, en dependencias gubernativas, y que motivada por la existencia de previos indicios, justificó la colación de un sistema de grabación interno. Del resultado de tales grabaciones, se hicieron eco diversos medios de comunicación, (ref. de 23 de julio de 2012), disponible en Web: [www.elmundo.es](http://www.elmundo.es).

informes criminológicos que permiten aportar notas esclarecedoras respecto de la dirección en que se desarrolla la investigación criminal<sup>364</sup>.

De especial importancia para un eventual proceso penal posterior, será garantizar la custodia de los soportes en que dichas grabaciones, de audio e imagen, fueron recogidas así como la calidad del mismo, estableciéndose un plazo de tiempo razonable en que los materiales deberán estar disponibles<sup>365</sup>. Transcurrido dicho plazo sin que se hayan solicitado su aportación a una potencial causa penal, por parte del sujeto presuntamente torturado o sometido a tratos inhumanos o degradantes, podrá procederse a su total destrucción.

Con las oportunas cautelas, el cómputo de los días que informe el referido plazo debería quedar en suspenso desde el momento en que se solicita su aportación, empleándose la debida diligencia en su pronta recepción por parte del órgano judicial competente. Solicitado dicho material, el transcurso del tiempo que media entre la solicitud y entrega del mismo no podrá dar lugar a su ilegítima destrucción por parte del órgano custodio.

En cuanto al contenido del material custodiado, junto a la grabación de audio y video sería aconsejable aportar los datos precisos que permitan identificar a los sujetos participantes en el proceso de detención, custodia y eventual declaración del sujeto privado de libertad<sup>366</sup>.

e) La articulación de un sistema de recursos real y efectivo.

Un elemental instrumento de contención sería la regulación de un adecuado sistema de recursos, que con la necesaria premura, dados los derechos fundamentales afectados y los plazos en que se desarrolla la privación de libertad en régimen de incomunicación,

---

<sup>364</sup> ANTA, *La detección del engaño*, Tirant Humanidades, Valencia, 2013.

<sup>365</sup> De especial interés en cuanto al tratamiento procesal de las grabaciones audiovisuales, MUÑOZ CONDE, *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

<sup>366</sup> *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Manfred Nowak. Addendum: Follow-up to the recommendations made by the Special Rapporteur Visits to Azerbaijan, Brazil, Cameroon, China (People's Republic of), Denmark, Georgia, Indonesia, Jordan, Kenya, Mongolia, Nepal, Nigeria, Paraguay, the Republic of Moldova, Romania, Spain, Sri Lanka, Uzbekistan and Togo.* Human Rights Council, Thirteenth session, Agenda Item 3. Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, 26 February 2010, p. 190.

someta a consideración de un órgano judicial, ajeno a la investigación criminal en curso, las condiciones en que dicha incomunicación se está produciendo así como el contenido de la resolución judicial que acuerda la medida de incomunicación. Como sabemos las resoluciones que se dicten sobre la situación personal del imputado adoptarán la forma de auto. Así lo establece el art. 506 LEcrim y específicamente respecto de la incomunicación, el art. 509 LEcrim. La situación de incomunicación, que se configura como una medida cautelar autónoma con independencia de que se aplicación sea concatenada junto con determinadas medidas también cautelares y privativas todas de derechos fundamentales, sea acordada provisionalmente por la autoridad gubernativa, sea convalidada posteriormente o bien dispuesta *ex novo* por la autoridad judicial, no será susceptible de recurso. La legislación procesal penal actual no prevé la posibilidad de una impugnación directa y autónoma de la situación de incomunicación, sino por referencia a la concatenación de medidas cautelares que se suceden a lo largo de la investigación penal.

En cuanto a la detención en régimen de incomunicación. El procedimiento de habeas corpus permite las posibilidades apuntadas anteriormente respecto de la privación de libertad acordada por la autoridad gubernativa, si bien, la LOHC no se pronuncia respecto de la incomunicación. Tampoco los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que configuración el marco normativo de la medida cautelar de detención apuntan posibilidad de recurso efectivo frente a la decisión restrictiva. La detención ordenada por la autoridad judicial será susceptible de recurso de reforma (art. 216 y 217 LEcrim), y recurso de queja (art. 218 LEcrim), si bien, la operatividad de dichos recursos se antoja francamente complicada, dados los plazos que informan la dinámica de tales instrumentos (arts. 222 y 233 LEcrim)<sup>367</sup>. Los mismos argumentos cabría precisar respecto de la posibilidad de establecer un sistema de recursos contra la detención en régimen de incomunicación acordada por la autoridad gubernativa, dada la premura con que se dispone la solicitud de convalidación judicial de la medida. Por último, como advertimos, la situación de incomunicación acordada por la autoridad

---

<sup>367</sup> Art. 222 LEcrim: “*El que interpusiere el recurso de reforma presentará con el escrito tantas copias del mismo cuantas sean las demás partes, a las cuales habrán de ser entregadas dichas copias. El juez resolverá el recurso al segundo día de entregadas las copias, hubieren o no presentado escrito las demás partes.*”

Art. 233 LEcrim: “*Cuando se interpusiere el recurso de queja, el Tribunal ordenará al juez que informe en el corto término que al efecto le señale.*”

judicial, no será susceptible de impugnación sino en conexión con la situación de privación de libertad.

En cuanto a la prisión provisional, acordada en régimen de incomunicación, algunas precisiones. El art. 507.1 LEcrim establece la recurribilidad del auto de prisión provisional con independencia del régimen en que ésta se desarrolle, al disponer que contra los autos que decreten, prorroguen o denieguen la prisión provisional o acuerden la libertad del imputado pueda ejercitarse el recurso de apelación en los términos previstos en el art. 766 LEcrim, que gozará de tramitación preferente. El recurso contra el auto de prisión deberá resolverse en un plazo máximo de 30 días.

De esta forma, será por vía indirecta que la mera situación de incomunicación pueda ser recurrida con motivo de la impugnación del auto que eleva la detención a prisión provisional. Sin embargo, sin que medie un reconocimiento expreso respecto de la posibilidad de impugnación de la situación de incomunicación dispone el art. 504 LEcrim una serie de cautelas al respecto. Dichas cautelas se prevén para los casos en que habiéndose decretado la prisión incomunicada (entendemos que prisión provisional incomunicada) con la finalidad de evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto, o bien se hubiera acordado el secreto del sumario, se levanten tales medidas cautelares con anterioridad a la finalización del plazo de seis meses que dispone el propio precepto como límite temporal máximo de subsistencia de la medida cautelar de prisión provisional con la finalidad indicada. En tales casos, el juez o tribunal habrá de motivar la subsistencia del presupuesto de la prisión provisional.

Entendemos, por tanto, que dicha nueva resolución motivada adoptará la forma de auto, susceptible de nuevo recurso de apelación, en los términos que establece el art. 766 LEcrim. Será entonces por vía indirecta que se pueda impugnar la situación de incomunicación, puesto que el recurso de apelación se establece frente a la prisión provisional, con independencia del régimen en que desarrolle.

### **3. A modo de conclusión.**

A modo de conclusión, con la incomunicación del sujeto privado de libertad no sólo se afectará el derecho a la libertad, pues ya se encuentra restringido por el hecho mismo de la medida cautelar de la que traiga causa, sino que se constituyen otras limitaciones de derechos, entre otros, del derecho de defensa, y las posibilidades apuntadas respecto de los instrumentales derechos en que se manifiesta, así como se resta eficacia al sistema de recursos legalmente establecidos contra medidas cautelares restrictivas de derechos fundamentales.

### **4. La finalidad de la detención incomunicada y el ejercicio del derecho de defensa del sujeto sometido a incomunicación.**

Siguiendo los argumentos precisados anteriormente, la detención incomunicada posee una doble finalidad; por un lado, un fin previsto en garantía de procurar la eficacia en la investigación de los hechos cuyo esclarecimiento se pretende, y por otro lado, una finalidad aseguradora, de la que se desprende a su vez:

- Aseguramiento respecto del sujeto detenido: la detención incomunicada, en cuanto detención, tiene como finalidad la afectación de la libertad deambulatoria del sujeto detenido.
- Aseguramiento orientado a un proceso posterior: afecto el detenido, la mera incomunicación posee una finalidad aseguradora en relación con un proceso posterior en el que hacer valer las fuentes de pruebas y conexiones obtenidas a partir de la investigación efectuada.

Si bien ambas finalidades, investigación y aseguramiento, pueden llegar a ser tangenciales en algunos casos, en otros supuestos, se encuentran claramente delimitadas unas de otras. De esta forma, del tenor del art. 509.1 LEcrim podemos concluir que la detención incomunicada podrá ser adoptada con alguno de los siguientes fines para evitar:

- Que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados (finalidad investigadora tendente al aseguramiento)<sup>368</sup>.
- Que las mismas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima (finalidad investigadora tendente al aseguramiento).
- Que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión (se articulan ambas finalidades).
- Que se cometan nuevos hechos delictivos (finalidad aseguradora o investigadora)<sup>369</sup>.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha delimitado en diversas resoluciones la finalidad que persigue la medida de incomunicación. En tal sentido, proclama que dicha finalidad radica en conjurar los peligros que el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a ésta propicie que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se destruyan u oculten pruebas de su comisión (STC 196/1987, de 11 de diciembre). Se afirma que los mencionados peligros son inherentes a toda investigación por causa de terrorismo, debido a la complejidad que comporta la investigación de tales tipos delictivos, cuyos presuntos responsables se encuentran insertos, normalmente, en organizaciones criminales especializadas que se caracterizan por la ramificación de su entramado estructural. Y en este sentido, la restricción del derecho a comunicar a terceras personas el hecho de la detención y el lugar de custodia.

Respecto de la obligada designación de letrado de oficio en los casos de incomunicación, el fundamento de la medida responde al hecho de que en ocasiones se ha utilizado al defensor como un elemento de control o de difusión de órdenes o de informaciones a los elementos de la organización o de la banda en que estuviera

---

<sup>368</sup> Aunque pudiera parecer que la finalidad aseguradora también se predica en tal supuesto, del texto de la Ley parece desprenderse que la evitación pretendida es respecto de terceras personas diferentes al sujeto incomunicado.

<sup>369</sup> La evitación de nuevos hechos delictivos podrá predicarse tanto del sujeto incomunicado, asegurando su persona, puesto que se encuentra detenido, como de otros sujetos cuya detención se pretende, en cuyo caso podría llegar a predicarse una finalidad investigadora tendente al aseguramiento. Asimismo, la finalidad de impedir que se actúe contra bienes jurídicos de la víctima, de obligada significación penal, podría quedar inserta en la última finalidad, es decir, evitar que se cometan nuevos hechos delictivos.



integrada la persona privada de libertad<sup>370</sup>. Aunque no es posible compartir los razonamientos que el Tribunal Constitucional dispensa sobre la legitimidad constitucional de la medida que restringe la libre designación de letrado, al menos, en buena lógica, se podría llegar a salvaguardar, aun en apariencia, el derecho de defensa del sujeto sometido a privación de libertad en situación de incomunicación. Al respecto, la tantas veces citada STEDH, de 13 de mayo de 1980, Caso Ártico c. Italia, donde se expone que el objetivo primordial del CEDH consiste en proteger derechos no teóricos ni ilusorios, sino concretos y efectivos.

El derecho a la asistencia letrada se refiere, en primer término, la asistencia en conocimientos que confluje, junto a la posición de la parte procesal que corresponda, en articular las oportunas estrategias y actuaciones defensivas o de otra índole. Posteriormente podrán considerarse otros argumentos, como los anteriormente expuestos, de índole moral o bien en prevención de posibles vulneraciones ilegítimas de derechos fundamentales. Como proclama la STC 196/1987, de 11 de diciembre, en el ejercicio del derecho a la asistencia letrada tiene lugar destacado la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas de su letrado y, por ello, afirma que la libre designación de éste viene integrada en el ámbito protector del derecho. Sin embargo, finalmente matiza, que el elemento de confianza alcanza especial relieve cuando se trata de la defensa de un acusado en un proceso penal, donde frecuentemente se plantean complejos problemas procesales y sustantivos; pero no ocurre lo mismo en el supuesto de detención en primeras diligencias policiales, constitutiva de una situación jurídica en la que la intervención del letrado responde a la finalidad. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 520 LEcrim, finalidad de asegurar con su presencia personal, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma. Asesoramiento letrado sobre la conducta a observar en los interrogatorios de difícil constatación dado los márgenes de actuación del letrado interviniente en dependencias policiales y, muy principalmente,

---

<sup>370</sup> MORENO CATENA, «Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales», en *Teoría y Derecho*, ob. cit., (ref. de 9 de julio de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

vista la imposibilidad de entrevistarse reservadamente con su defendido con anterioridad a la práctica de una diligencia, cuyo contenido, no debemos olvidar, resulta potestativo para el detenido. La minusvaloración del derecho a disponer el contenido de la eventual declaración resulta patente.

El marco jurídico en el que se desarrolla la tercera limitación del derecho de defensa prevista en el art. 527 LEcrim, resulta de todo punto insostenible: la limitación del derecho a entrevistarse reservadamente con su abogado al término de la diligencia en la que hubiere intervenido. ¿Es que acaso también se pone en duda el buen hacer del letrado que ha sido designado de oficio? Y dicha modalidad de designación se ha realizado precisamente para evitar los potenciales perjuicios que pudiera acarrear la eventual connivencia con el sujeto sometido a incomunicación.

A su vez, hemos de resaltar que el precepto permite acoger una interpretación heterogénea, apreciado desde el punto de vista estrictamente gramatical.

En primer lugar, cabría precisar si la limitación que establece el citado art. 527.3 LEcrim viene referida a la propia entrevista. En tal sentido, se cercenaría la posibilidad de entrevista personal con el letrado designado de oficio al término de la diligencia en la que dicho letrado hubiera intervenido. Si este fuera el caso, se truncaría la posibilidad de diseñar estrategia defensiva alguna en tanto en cuanto perdure la situación de incomunicación del sujeto privado de libertad. Se produciría una notoria negación del derecho de defensa del sujeto incomunicado, por cuanto se impide el más mínimo asesoramiento aun de forma posterior a la práctica de las referidas diligencias de investigación.

En segundo lugar, otra de las interpretaciones posibles, permite asentir sobre la posibilidad de celebrar dicha entrevista, si bien, negándole carácter reservado a la misma. Cabría preguntarse entonces por las contingencias que rodean la naturaleza privada que informa dicha asistencia letrada. Así como, cabría preguntarse por la concreción y efectividad que la doctrina del TEDH ha desarrollado en torno a la protección de los derechos fundamentales contenidos en el Convenido. En la reciente STS de 9 de febrero de 2012 (F. J. 6º) se concedió un grado de protección reforzada a la confidencialidad de las relaciones entre el imputado y su letrado defensor, elemento esencial para conceder efectividad a la defensa y la asistencia letrada (STEDH de 13 de

marzo de 2007, Caso Castravet c. Moldavia)<sup>371</sup>. Sin embargo, entiende el Alto Tribunal que no se trata, por otra parte, de derechos absolutos, sino que pueden estar sometido a restricciones por razones válidas (STEDH, de 5 de octubre de 2006 Caso Viola c. Italia). Sus posibles restricciones requieren, según la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho de la Constitución y el TEDH del propio CEDH, del cumplimiento suficiente de, al menos, tres exigencias:

- previsión legal suficiente,
- justificación suficiente en el supuesto concreto, que tenga en cuenta los indicios disponibles en el caso, la necesidad de la medida y el respeto al principio de proporcionalidad y
- autorización judicial<sup>372</sup>.

De otro lado, en cuanto a la justificación que informa la medida de incomunicación, ésta se residencia, en palabras del Tribunal Constitucional, STC 127/2000, de 16 de mayo (F. J. 3º): *“en la protección de los bienes reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 de la Constitución, cuales son la paz social y la seguridad ciudadana, en cuya defensa constituyen pieza esencial la persecución y castigo de los delitos.”*

En definitiva, el punto álgido que informa la finalidad de la incomunicación radica, junto a los mencionados parámetros aseguradores, en procurar el éxito de las tareas investigadoras, su eficacia frente a un tipo de delincuencia cuya naturaleza se afirma

---

<sup>371</sup> STS de 9 de febrero de 2012 (F. J. 3º): *“En la STEDH de 5 de octubre de 2006, caso Viola contra Italia (61), se decía que el derecho, para el acusado, de comunicar con su abogado sin ser oído por terceras personas figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3 c) del Convenio. Si un abogado no pudiese entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia y recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería mucha de su utilidad (Sentencia S. contra Suiza de 2 noviembre 1991, serie A núm. 220, pg. 16, ap. 48). La importancia de la confidencialidad de las entrevistas entre el acusado y sus abogados para los derechos de la defensa ha sido afirmada en varios textos internacionales, incluidos los textos europeos (Sentencia Brennan contra Reino Unido, núm. 39846/1998, aps. 38-40, TEDH 2001-X). En este mismo sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia (Gran Sala) de 14 de setiembre de 2010, señaló que la confidencialidad de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes debía ser objeto de protección a nivel comunitario, aunque supeditó tal beneficio a dos requisitos: (...) por una parte, debe tratarse de correspondencia vinculada al ejercicio de los derechos de la defensa del cliente, y, por otra parte, debe tratarse de abogados independientes, es decir, no vinculados a su cliente mediante una relación laboral.”*

<sup>372</sup> Lo cual nos conduciría indudablemente, y así ocurrirá en Capítulos venideros a la consideración de la observación de las comunicaciones con el abogado defensor.

especialmente grave y compleja. Si como se mantuvo anteriormente en materia de detención y prórroga, una de las finalidades de la medida gravitaba en asegurar la eficacia de la investigación, en lo que respecta a la incomunicación, no cabe duda, podemos hacer las mismas apreciaciones al respecto. Y será la obstaculización del derecho de defensa en unos casos, y su completa supresión en otros casos, el instrumento a partir del cual se potencie dicha eficacia investigadora.

## **5. Límites temporales previstos para la detención incomunicada.**

La incomunicación, por cuanto restringe el ejercicio de derechos fundamentales, ha de venir acotada en el tiempo, configurándose la observancia de los plazos de limitación temporal que informan la medida en requisito inexcusable que informa la configuración jurídica que el Legislador ha impuesto a la medida. La incomunicación tendrá, ante todo, carácter provisional. Al igual que ocurría en materia de mera detención, también aquí encontramos diversidad de plazos y posibilidad de prorrogar la medida.

En primer lugar, la incomunicación habrá de durar el tiempo estrictamente necesario para realizar, con carácter urgente, aquellas diligencias necesarias para la consecución del fin que justifica la medida. Hasta aquí debemos entender el plazo relativo que informa la incomunicación.

En según lugar, encontramos un plazo máximo cuyo tope infranqueable se establece en cinco días. Como que se sostuvo en materia de detención, serán las circunstancias particulares del caso concreto las que permitan conocer la necesidad y justificación de agotar uno u otro plazo. A su vez, tales límites temporales, relativo y máximo, operan restrictivamente frente a posibles excesos, por cuanto no podrá incomunicarse, en este estadio, tanto como sea necesario, ni siquiera aun cuando la finalidad perseguida no haya podido cumplirse persistiendo los peligros que se pretendían conjurar.

Ambos plazos se articularán de forma alternativa, por cuanto se habrá de observar, en todo caso, el tiempo estrictamente indispensable, sin que la medida de incomunicación pueda dilatarse más allá de lo previsto en el tope máximo. Tales márgenes empezarán a contarse desde que el sujeto detenido fue formalmente incomunicado. Del mismo modo, desde el momento en que cesen las circunstancias que motivaron la adopción de la

medida se habrá de levantar tal situación de forma inmediata, reponiendo al sujeto incomunicado en los derechos afectados por la incomunicación.

En tercer lugar, se articula la posibilidad de prorrogar la incomunicación, siempre y cuando se haya decretado prisión provisional por alguno de los tasados supuestos establecidos en la en el art.509.2 LEcrim. Estos casos son:

- Delitos cometidos por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes<sup>373</sup>.
- Otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas<sup>374</sup>.

En cuanto al plazo máximo de duración de una eventual prórroga de la medida (se entiende que el límite relativo operará a todos los efectos), serán otros cinco días de posible incomunicación.

Por último, en el caso de los anteriores delitos, el juez o tribunal podrá volver a acordar la incomunicación del sujeto preso, que no detenido, por el tiempo máximo de tres días siempre que el desenvolvimiento ulterior de la investigación o de la causa ofreciese méritos para ello<sup>375</sup>.

## **6. Determinación de los órganos gubernativos y judiciales competentes para acordar la incomunicación.**

En la determinación de la competencia para acordar la medida de incomunicación se diferencian dos posibilidades ya mencionadas al respecto: por un lado, la incomunicación del detenido, en cualquier caso, podrá ser acordada de oficio por el propio juez de instrucción o tribunal que conoce de la causa con vistas en la

---

<sup>373</sup> Donde se incluye la figura del llamado “*lobo solitario*”, afín a una estructura organizada pero cuyas acciones delictivas se llevan a cabo de forma absolutamente individual..

<sup>374</sup> Llama la atención de nuevo, la ausencia de una descripción precisa sobre los tipos delictivos a los que pudiera afectar la medida. El concierto y la organización entre dos o más personas para la perpetración del delito, no resultarían, en principio, parámetros delimitadores suficientes y adecuados, sino se circunscriben al principio de proporcionalidad que ha de informar toda medida limitativa de derechos fundamentales.

<sup>375</sup> La finalidad latente en la medida se corresponde con el aseguramiento del éxito de la investigación puesto el sujeto se encuentra efectivamente privado de su libertad deambulatoria y sometido a un estricto régimen de restricción de comunicaciones.

consecución de alguna de las finalidades expresadas (art. 509.1 LEcrim); por otro lado, será la autoridad gubernativa, sin que se especifique que órgano dentro de la misma<sup>376</sup>, quien podrá ordenar la medida solicitando posterior confirmación judicial, en los supuestos contenidos en el art. 348 bis LEcrim, dentro de los plazos legalmente establecidos.

De la comparación de los plazos que informan la medida cautelar de detención y la medida de incomunicación podría suceder que, llamadas a confluir en el tiempo, se produzca la puesta a disposición judicial estando latente, previsiblemente, la situación de incomunicación. En sentido negativo, cabría la posibilidad de acordar la incomunicación del detenido sin una previa puesta a disposición judicial, cuestión que debería meditar el legislador en futuras modificaciones de nuestra vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Teniendo en cuenta lo anterior, la asistencia de abogado se prestará de oficio, y cabe la posibilidad de que suceda en la primera declaración que el sujeto detenido incomunicado pueda realizar ante el órgano judicial competente. En cuanto la medida de incomunicación se levante, muy probablemente, el letrado actuante pase a ser de confianza. Con mucho celo habrá que detraer consecuencia alguna del silencio, que quizás resultaría ser la mejor sino única estrategia defensiva lógica y racional que tiene en esos momentos el sujeto investigado: guardar silencio en tanto no se persone y se haga asesorar por el letrado que finalmente dirigirá las actuaciones defensivas.

Por el contrario, en los supuestos en que se decida prorrogar o bien decidir nuevamente la incomunicación en un momento posterior y más aún, con anterioridad a la finalización del plazo máximo de incomunicación que permite la Ley, el sujeto habrá sido previamente puesto a disposición judicial: la competencia en tales opciones ha de ser estrictamente judicial.

De esta forma, los Juzgados Centrales de Instrucción serán los órganos judiciales competentes para conocer de la solicitud policial de incomunicación emitida en los

---

<sup>376</sup> Creemos resultaría perfectamente asumible residenciar tales atribuciones, para las que no se dispone un órgano gubernativo específico, en la institución del Ministerio Fiscal quien recabará las inmediatas solicitudes policiales, decidiendo *ab initio*, dada su excelsa formación tanto en Derecho como en materia de investigación criminal, sobre la oportunidad de acordar, de forma preliminar, la restricción de derechos fundamentales que la incomunicación conlleva. Tal y como actualmente decide la autoridad policial.

supuestos delictivos del art. 384 bis LEcrim, otorgando, si procede, carácter definitivo a la medida o bien desautorizando su práctica, por lo que convendrá hacer las mismas apreciaciones vertidas en su momento con ocasión del desarrollo de epígrafes anteriores.

Por último, el control judicial que prevé la Ley Procesal Penal se centra en las circunstancias que rodean la incomunicación. Dispone el art. 520.3 bis LEcrim el control judicial sobre la detención incomunicada del sujeto presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el art. 384 bis LEcrim, pues durante la detención, el juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el juez de instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste. Se hubieran preferido unos términos más categóricos. Parece dar la impresión de que tales facultades, que ya se encuentran previstas entre las facultades del juez de instrucción o central de instrucción, resultan ser potestativas, en cuanto el órgano judicial podrá someter a control judicial la incomunicación, como asimismo, podrá no hacerlo. En nuestra opinión, la terminología el juez “controlará, en todo caso” las condiciones en que se desarrollada la incomunicación supondría una mejor garantía tanto para la situación personal del incomunicado como para el respeto y protección de sus derechos fundamentales.

#### **7. Procedimiento de elevación de mera detención al régimen de detención incomunicada en los supuestos del art. 384 bis LEcrim.**

Los extremos que rigen el procedimiento a observar para acordar la incomunicación de un sujeto detenido, a instancia de solicitud de la autoridad gubernativa, se contienen en el art. 520.bis.2 LEcrim:

*“Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del juez que decreta su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el juez hubiere dictado la resolución pertinente.”*

Del tenor del precepto transcrito podemos realizar las siguientes apreciaciones:

- Acordada la previa detención policial de un sujeto en base a alguno de los motivos que se expresan en el art. 384 bis LEcrim se solicita del órgano judicial competente su incomunicación. De ello podemos deducir que la medida solicitada a instancia de la autoridad gubernativa sólo procede en tales supuestos, por cuanto contemplan un régimen extraordinario que amplía el halo de facultades reconocidas en circunstancias ordinarias a la misma. El propio Tribunal Constitucional se ha manifestado en tal sentido al afirmar que la modalidad de incomunicación aquí expuesta sólo procede ante los citados supuestos delictivos (STC 127/2000, de 16 de mayo (F. J. 3º)).
- El órgano judicial decidirá al respecto en el plazo de veinticuatro horas mediante resolución motivada.

La Ley Procesal no se pronuncia expresamente acerca de los plazos en los que la autoridad gubernativa podrá solicitar la incomunicación del detenido, si bien, dados los plazos que informan la medida cautelar de detención, la solicitud de incomunicación se habrá de remitir con anterioridad al agotamiento de tales prescripciones<sup>377</sup>.

Como desarrollamos, durante el lapso tiempo que media entre la solicitud gubernativa de incomunicación y la emisión de la correspondiente decisión judicial que ordene continuar o cesar la situación de incomunicación, plazo máximo de veinticuatro horas, el detenido será formalmente incomunicado. De lo dicho, se podrá colegir que si bien la autoridad gubernativa solicita previamente del órgano judicial la oportunidad de incomunicar al detenido, no es menos cierto que dicha situación será plenamente efectiva durante el tiempo que transcurra entre el envío de la solicitud, su recepción y el pronunciamiento judicial, autorizando o denegando su práctica. La autoridad gubernativa podrá acordar la medida y, simultáneamente, solicitar su convalidación por parte del órgano judicial competente, a quien evidentemente, corresponde otorgar carácter definitivo a la decisión. Aun practicada de manera provisionalísima por parte de la autoridad gubernativa, la incomunicación se habrá producido y con ella las

---

<sup>377</sup> Cuestión distinta sería que detenido un sujeto y puesto a disposición judicial, la autoridad gubernativa que viene llevando a cabo las correspondientes investigaciones pudiera solicitar del órgano judicial la incomunicación del sujeto detenido al objeto de facilitar el curso de tales investigaciones. Sin embargo, tales posibilidades quedarían al margen de lo establecido en el art. 520 bis. 2 LEcrim.



previsiones contenidas en el art. 527 LEcrim. Mientras en el régimen general la medida de incomunicación es acordada siempre por órganos jurisdiccionales, en materia de terrorismo, se reconoce la posibilidad de que sea la autoridad gubernativa quien primeramente la practique, solicitando, de forma inmediata, la convalidación de la misma al órgano judicial competente. Como afirmó la citada STC 199/1987, de 16 de diciembre, *“ha de entenderse que la ordenación inmediata de la incomunicación puede realizarla la autoridad gubernativa, pero ello no excluye ni impide el que la decisión definitiva al respecto haya de adoptarse por el órgano judicial. Es decir, se justifica, en aras de la efectividad de la medida, una previa decisión de carácter provisional de la autoridad gubernativa, pero sometida y condicionada a la simultánea solicitud de la confirmación por el órgano judicial, garantía suficiente del derecho del afectado.”*

Tales argumentos permiten concretar aún más la idea central latente en nuestras argumentaciones. Que la medida de incomunicación conlleva una estricta restricción del derecho de defensa, resulta incuestionable. Se podrá convenir, en mayor o menor medida, sobre la adecuación de la misma a los parámetros democráticos y constitucionales vigentes. Expuesto lo anterior, es decir, la competencia inicial para acordar la incomunicación de un sujeto investigado por los motivos que expresa el art. 384 bis. LEcrim se reside en la autoridad gubernativa bajo cuya dependencia se encuentra el privado de libertad. La conclusión es obvia: la autoridad gubernativa podrá acordar restricciones de derechos fundamentales del sujeto incomunicado, más allá de la libertad deambulatoria, aun de forma provisionalísima, siempre y cuando se trate de la investigación de los mencionados tipos delictivos.

A modo de conclusión, no encontramos en la Constitución argumentos suficientes que permiten acoger la atribución de tales competencias a la autoridad gubernativa. Como afirma MORENO CATENA no existe habilitación constitucional alguna para restringir el derecho fundamental a la defensa del artículo 24.2 de la CE, y el derecho a la asistencia de abogado (arts. 17.3 y 24.2 CE) puesto que no resultan excepcionados para los casos de terrorismo por el artículo 55.2 CE. No obstante, la legislación procesal efectivamente los limita.

## **8. Apunte final.**

Como antes se afirmó, existe suma proximidad entre la finalidad que informa tanto la prórroga de la detención como la medida de incomunicación. En efecto, mientras la primera se basa en procurar la eficacia de las tareas de investigación, entre otras finalidades, la segunda facilita el éxito de dichas tareas mediante la imposibilidad de comunicación con el exterior.

En cuanto a los derechos susceptibles de ser limitados, mientras con la prórroga de la detención se hace referencia al contenido del art. 17 CE, en sus apartados primero y segundo, en la detención incomunicada, se va un paso más allá, restringiéndose las posibilidades ya apuntadas. Desde esta perspectiva, se pretende garantizar la eficacia de la investigación sobre unos mismos hechos delictivos y sobre un mismo sujeto, a salvo posibles terceros implicados, a partir de dos medidas con una finalidad aproximada, que pueden llegar a coincidir en el tiempo y que a su vez prevén una limitación de derechos afín. Evidentemente, con la incomunicación se afectarán otros derechos que no se limitan con la prórroga de la detención, y es por eso mismo, que no se entiende bien el fundamento de ésta última. Vayan por delante las críticas vertidas sobre el marco normativo en que la situación de incomunicación se desarrolla, sin embargo, si los mismos resultados, o incluso más y mejores, se pueden obtener con la mera incomunicación, la posibilidad de prorrogar la detención, en sede gubernativa, perdería cierto sentido. Con ello, mantenemos la propuesta vertida al inicio del presente Capítulo: reducir el plazo máximo en que el detenido por las causas que venimos tratando puede estar a disposición gubernativa, si bien, prolongando el plazo en que éste puede estar a disposición de la autoridad judicial.

**CAPÍTULO CUARTO:**

**LA SUSPENSIÓN PREVISTA RESPECTO DEL  
CONTENIDO DEL ART. 18.2 CE**

## SUMARIO

### **I. EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO.**

### **II. LA ENTRADA Y EL REGISTRO DOMICILIARIO.**

### **III. CUESTIONES PROCESALES ATINENTES A LA ENTRADA Y AL REGISTRO ACORDADA EN SEDE JUDICIAL.**

1. Determinación de los órganos judiciales competentes para la adopción de la medida limitativa del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria; 2. La obligada apertura de un proceso penal; 3. La exigencia de motivación que informa las medidas limitativas del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria; 4. Cuestiones de procedimiento atinentes a la entrada y al registro acordados en sede judicial: 4.1. La resolución judicial que acuerda la intromisión domiciliaria; 4.2. Espacio temporal oportuno para practicar las actuaciones; 4.3. Notificación a los sujetos afectados; 4.4. Práctica de las actuaciones; 4.5. La entrada en domicilio; 4.6. Particularidades del registro: a) Sujetos intervinientes en el registro; b) Procedimiento que informa la práctica del registro.

### **IV. LA PRESTACIÓN DE CONSENTIMIENTO POR PARTE DEL TITULAR DEL DOMICILIO COMO PRESUPUESTO HABILITANTE DE LA LIMITACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVIOABILIDAD DOMICILIARIA.**

### **V. LAS PREVISIONES CONTENIDAS EN EL ART. 553 LECRIM.**

1. Supuestos contenidos en el art. 553 LEcrim; 2. La diligencia de entrada y de registro domiciliaria prevista frente a los delitos contenidos en el art. 384 bis LEcrim: 2.1. Presupuestos que sostienen las previsiones del art. 553 LEcrim: a) La consideración de los casos de excepcional o urgente necesidad; b) La especialidad delictiva prevista en el art. 384 bis LEcrim; 2.2. Ámbito espacial susceptible de entrada y de registro; 2.3. El objeto de la intervención domiciliaria; 2.4. La determinación de los órganos gubernativos competentes para acordar la limitación del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria; 2.5. Cuestiones de procedimiento relativas a las actuaciones previstas en el art. 553 LEcrim: a) La forma de notificar las actuaciones gubernativas al titular del domicilio; b) La obligación gubernativa de comunicación inmediata al órgano judicial competente; c) Forma que adopta la inmediata comunicación gubernativa al órgano judicial competente; 2.6. La necesaria intervención judicial.

## **I. EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVIOABILIDAD DOMICILIARIA.**

El derecho a la inviolabilidad domiciliaria se reconoce expresamente en el art. 18.2 CE: *“El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”*, reiterándose posteriormente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 545: *“Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes.”*

La doctrina constitucional<sup>378</sup> ha configurado el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria en estrecha relación instrumental respecto del derecho a la intimidad plasmado en el art. 18.1 CE, si bien, matizando que dicha instrumentalidad no empece a la autonomía que la Constitución española reconoce a ambos derechos (STC 10/2002, de 17 enero (F. J. 5º))<sup>379</sup>.

---

<sup>378</sup> La STC 189/2004, de 2 de noviembre (F. J. 2º), sostuvo que “*la norma constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la interdicción de la entrada y registro domiciliarios (art. 18.2 CE), a pesar de la autonomía que la Constitución española reconoce a ambos derechos, constituye una manifestación de la norma precedente (art. 18.1 CE) que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. Por ello, hemos afirmado que la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona.*” Asimismo, SSTC 22/1984, de 17 febrero (F. J. 2º), 283/2000, de 27 de noviembre y 22/2003, de 10 de febrero (F. J. 2º), entre otras.

<sup>379</sup> RIVES SEVA, *La diligencia de entrada y registro domiciliario*, Bosch, Barcelona, 2004, p. 14.

Al respecto, entiende GÓNZALEZ- TREVIJANO, *La inviolabilidad del domicilio*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 92, su relación de instrumentalidad con el derecho de reunión (art. 21 CE), de asociación (art. 22 CE), de culto (art. 16 CE), de educación (art. 27 CE), de participación, tanto política como sindical, como profesional (arts. 6, 23, 28 y 36 CE), así como de iniciativa económica (art. 38 CE), en los supuestos en que tales derechos se pretendan desarrollar de forma privada. En un sentido similar, ZAMARRIEGO FERNÁNDEZ, «Régimen de la inviolabilidad del domicilio», en *Comentarios a la Legislación Penal, La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990, Tomo IX, p. 180, sostiene su carácter estrictamente instrumental en defensa del ámbito de privacidad de las personas. Frente a dicho carácter se ha pronunciado CASAS VALLÉS, «Inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, pp. 169 y ss., afirmando que frecuentemente se tiende a tratar los derechos en él recogidos (art. 18 CE) «en bloque», presentando lo que en realidad son derechos independientes, como simples aspectos de un derecho único. Según el autor, una cosa es que todos los derechos que acoge el art. 18 CE estén relacionados entre sí y otra muy distinta que carezcan de autonomía y perfiles propios. (...) Sería un error -una vez que se han construido técnicamente como derechos independientes- presentar, con carácter general, la inviolabilidad domiciliaria como «mero instrumento» de realización del derecho a la intimidad (que sería así el único «objeto de protección»). Por su parte, MATIA PORTILLA, «Derecho comunitario y Derecho nacional. La protección de la inviolabilidad del domicilio», en *Revista general de Derecho*, 1992, nº 573, pp. 5190 y ss., destaca la autonomía del derecho a la inviolabilidad del domicilio en relación al derecho a la intimidad.

De esta forma, aunque la Constitución española no contempla una definición expresa de domicilio, el propio Tribunal Constitucional ha delimitado sistemáticamente el objeto de protección del citado derecho fundamental, entendiendo por domicilio aquel espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima<sup>380</sup>, y que, en consecuencia, queda bajo el halo protector del art. 18.2 CE<sup>381</sup>. Por tanto, el mandato constitucional que proclama la interdicción de acceso y registro al domicilio ajeno vincula tanto a particulares como a poderes públicos, configurándose como un auténtico derecho fundamental que garantiza el ámbito de privacidad de la persona dentro del espacio limitado que la misma elige (STC 22/1984, de 17 de febrero (F. J. 5º)).

---

<sup>380</sup> A tales efectos, se reputará domicilio según el tenor de la Ley Procesal, art. 554 LEcrim:

- Los palacios reales, estén o no habitados por el Monarca al tiempo de la entrada o registro.
- El edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia.
- Los buques nacionales mercantes.

<sup>381</sup> STC 10/2002, de 17 enero (F. J. 7º): *“El rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el art. 18.2 CE reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual. Ello significa, en primer término, que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo. En segundo lugar, si bien el efectivo desarrollo de vida privada es el factor determinante de la aptitud concreta para que el espacio en el que se desarrolla se considere domicilio, de aquí no se deriva necesariamente que dicha aptitud no pueda inferirse de algunas de estas notas, o de otras, en la medida en que representen características objetivas conforme a las cuales sea posible delimitar los espacios que, en general, pueden y suelen ser utilizados para desarrollar vida privada. El rasgo esencial que define el domicilio delimita negativamente los espacios que no pueden ser considerados domicilio: de un lado, aquellos en los que se demuestre de forma efectiva que se han destinado a cualquier actividad distinta a la vida privada, sea dicha actividad comercial, cultural, política, o de cualquier otra índole; de otro, aquellos que, por sus propias características, nunca podrían ser considerados aptos para desarrollar en ellos vida privada, esto es, los espacios abiertos. En este sentido resulta necesario precisar que, si bien no todo espacio cerrado constituye domicilio, ni deja de serlo una vivienda por estar circunstancialmente abierta, sin embargo, es consustancial a la noción de vida privada y, por tanto, al tipo de uso que define el domicilio, el carácter acotado respecto del exterior del espacio en el que se desarrolla. El propio carácter instrumental de la protección constitucional del domicilio respecto de la protección de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros.”* Asimismo, STC 209/2007, de 24 septiembre (F. J. 2º).

Dicho ámbito se encuentra caracterizado también en un sentido negativo, precisamente, por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública (STC 22/1984, de 17 de febrero (F. J. 5º)), incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos (STC 189/2004, de 2 de noviembre (F. J. 3º)).

De otro lado, el resto de lugares cerrados, diferentes del domicilio, se encuentran amparados por el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE<sup>382</sup>, el cual tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad; mientras que el derecho a la inviolabilidad domiciliaria protege «un ámbito espacial determinado» dado que en él ejercen las personas su libertad más íntima, siendo el objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada (STC 189/2004, de 2 de noviembre (F. J. 2º))<sup>383</sup>.

---

<sup>382</sup> En tal sentido, MORENO CATENA, «Actos de investigación reservados a la instrucción judicial», en *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 253, afirma que mientras el art. 18.2 CE atribuye a un concreto lugar, el domicilio, una especial protección, y lo tutela como derecho fundamental garantizando su inviolabilidad (...) el resto de los lugares cerrados podrán estar amparados por el respeto del derecho a la intimidad.

<sup>383</sup> Si bien, se ha de poner de manifiesto al inicio, no se incidirá en los presupuestos referentes a la entrada y el registro de emplazamientos diferentes al domicilio.

En cuanto a los titulares del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria, se reconoce tanto a las personas físicas<sup>384</sup> como a las personas jurídicas<sup>385</sup>.

Ahora bien, el citado derecho fundamental no se concibe en términos absolutos, sino que limita con los demás derechos y los derechos de los demás (STC 133/1995, de 25 de septiembre (F. J. 4º)), por lo que su protección constitucional puede ceder en determinadas circunstancias<sup>386</sup>, respetándose, en todo caso, el contenido esencial del mismo (art. 53.1 CE). En efecto, el derecho fundamental en cuestión se encuentra limitado en aquellos casos y formas expresamente previstos en las leyes (art. 545 LEcrim). Tales excepciones, que tendrán un carácter rigurosamente taxativo<sup>387</sup>, se concretan en:

- Resolución judicial al respecto.

---

<sup>384</sup> STC 209/2007, de 24 septiembre (F. J. 3º): “Como afirmamos en nuestra STC 22/2003, de 10 de febrero, «la inviolabilidad domiciliaria, como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el domicilio» (F. J. 7º), sin que esta titularidad individual se pierda por el hecho de que un mismo domicilio sea compartido por varias personas. El ejercicio del derecho, de contenido «fundamentalmente negativo», consiste en el ejercicio de la facultad de exclusión que conforma su contenido, esto es, de la «facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro» (STC 22/2003, F. J. 3º).”

<sup>385</sup> No obstante, esta afirmación de principio se ha hecho no sin matizaciones relevantes, entre ellas, la consideración de la «naturaleza y especialidad de fines» de dichas personas (STC 137/1985, de 17 de octubre (F. J. 5º)). Al respecto la STC 69/1999, de 26 abril (F. J. 2º): “cabe entender que el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar. Si bien existen otros ámbitos que gozan de una intensidad menor de protección, como ocurre en el caso de las personas jurídicas, precisamente por faltar esa estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario; esto es, el referido a la vida personal y familiar, sólo predicable de las personas físicas. De suerte que, en atención a la naturaleza y la especificidad de los fines de los entes aquí considerados, ha de entenderse que en este ámbito la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas y, en lo que aquí importa, de las sociedades mercantiles, sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros.”

<sup>386</sup> Como afirma la STC 341/1993, de 18 de noviembre (F. J. 8º) trayendo a colación de STC 199/1987, de 16 de diciembre (F. J. 9º): “es éste, pues, un derecho fundamental «relativo y limitado», en el sentido de que la protección que la Constitución dispensa a este espacio vital puede ceder en determinados supuestos.”

<sup>387</sup> SSTC 22/1984, de 17 de febrero (F. J. 3º), 160/1991, de 18 de julio (F. J. 8º), 341/1993, de 18 de noviembre (F. J. 8º), entre otras.



- Consentimiento del titular del domicilio.
- Supuestos contenidos en el art. 553 LEcrim<sup>388</sup>.

Por último, cabría advertir como al margen de los presupuestos anteriores, la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria podrá conllevar la asunción de las correspondientes responsabilidades penales a tenor de los arts. 202, 203, 204 y 534 CP.

## II. LA ENTRADA Y EL REGISTRO DOMICILIARIO.

Acordada la limitación del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria en base a alguno de los supuestos antes mencionados, se procede a practicar la entrada y/o posterior registro en domicilio, actuaciones en principio reservadas a la autoridad judicial, que encuentran su regulación en los arts. 545 a 578 LEcrim. El Tribunal Constitucional declaró en la citada STC 22/1984, de 17 de febrero (F. J. 5º) que “*la interdicción fundamental de este precepto (art. 18.2 CE) es la del registro domiciliar, entendido como inquisición o pesquisa, para lo cual la entrada no es más que un trámite de carácter instrumental.*”<sup>389</sup>

---

<sup>388</sup> Obviamente la invasión domiciliaria está más que justificada en caso de entradas en domicilio con una finalidad asistencial. Como afirma DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, «La entrada en lugar cerrado. Noción y posibles fines de la diligencia», en *El Proceso penal*, ob. cit., (ref. de 28 de agosto de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), los vínculos de solidaridad entre ciudadanos han determinado desde antiguo que el Derecho permita la entrada en domicilios privados de personas ajenas con el fin de refugiarse de algún peligro grave o de prestar auxilio a los moradores.

<sup>389</sup> En sentido similar se manifiestan, DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, *Derecho Procesal Penal. Manual para criminólogos y Policías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 264; GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 403; GONZÁLEZ-TREVIJANO, *La inviolabilidad del domicilio*, ob. cit., p.180; ORTELLS RAMOS, «El procedimiento preliminar», en *Derecho jurisdiccional III, Proceso Penal*, (con Montero Aroca, Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), J. M. Bosch, Barcelona, 1991, p. 181; ZAMARRIEGO FERNÁNDEZ, «Régimen de la inviolabilidad del domicilio», en *Comentarios a la Legislación Penal, La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión*, ob. cit., p. 480. En contra de tal carácter instrumental se posicionan, ALONSO DE ANTONIO, *El derecho de inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*, Colex, Madrid, 1993, pp. 106-107, o CABEZUDO BAJO, *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, Iustel, Madrid, 2004, pp. 88 - 89, si bien desde diferente perspectiva.

Al respecto, nos encontramos ante dos actuaciones claramente diferenciadas<sup>390</sup>, que a su vez, se encuentran íntimamente unidas<sup>391</sup>, en una especial relación subordinada<sup>392</sup>. Y los términos en que se expresa el texto constitucional son concluyentes al emplear la locución disyuntiva “o”, ninguna entrada o registro podrá hacerse en domicilio, ambas en régimen de equivalencia en cuanto a las excepciones mencionadas, es decir, sin que medie consentimiento del titular del mismo o resolución judicial, añadiendo la flagrancia delictiva entre los supuestos que legitiman la restricción del citado derecho fundamental. En efecto, para llevar a cabo el registro será necesario acceder previamente al domicilio en cuestión; sin embargo, podrían darse casos en que de la entrada no se derivase registro alguno o, más aun, que la entrada se produjera para acceder a otras dependencias distintas del domicilio donde se encuentra el sujeto cuya detención se pretende<sup>393</sup>; o bien, que de la mera entrada se intente deducir la obtención

---

<sup>390</sup> Sostienen la existencia de dos diligencias: DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, *Derecho Procesal Penal, Manual para criminólogos y Policías*, ob. cit., p. 263; FRANCO ARIAS, «La entrada en lugar cerrado», en *Justicia Revista de Derecho Procesal*, 1988, Vol. III, p. 583, GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 403; GÓMEZ COLOMER, «El procedimiento preliminar (La instrucción)», en *Derecho jurisdiccional III, Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, Vol. III, pp. 121 y ss.; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, «Entrada y registro en domicilio», en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, (con Asencio Mellado), Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1993, p. 115; MORENO CATENA, «Actos de investigación reservados a la instrucción judicial», en *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 253; TOMÉ PAULE, «Medidas limitativas de derechos», en *Instituciones de Derecho Procesal*, (con Almagro Nosete), Trivium, Madrid, 1993, vol. III, pp. 232-233; RODRIGUEZ SOL, *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Comares, Granada, 1998, p. 5. De otro lado, entienden que se trataría de una sola diligencia: ARAGONESES MARTINEZ, «El sumario (II)», en *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 367 si bien, matiza la autora, diligencia compuesta de dos actuaciones, FENECH, *El proceso penal*, Agesa, Madrid, 1982, p. 125; HERCE QUEMADA, «La entrada y registro en lugar cerrado», en *Derecho Procesal penal*, (con GÓMEZ ORBANEJA), [s.n.], Madrid, 1972, p. 162; ORTELLS RAMOS, «El procedimiento preliminar», en *Derecho jurisdiccional III, Proceso Penal* ob. cit., pp. 178 y ss.

<sup>391</sup> GÓMEZ COLOMER, «El procedimiento preliminar (La instrucción)», en *Derecho jurisdiccional III, Proceso Penal*, ob. cit., p. 160.

<sup>392</sup> MORENO CATENA, «Actos de investigación reservados a la instrucción judicial», en *Derecho procesal penal*, ob. cit., p.253.

<sup>393</sup> FRANCO ARIAS, «La entrada en lugar cerrado», en *Justicia Revista de Derecho Procesal*, ob. cit., p. 583.

de nuevos datos que permitan continuar eficazmente la investigación del delito<sup>394</sup>. Las posibilidades son ciertamente numerosas.

El registro viene, generalmente, precedido por la entrada, pues difícilmente se podrá registrar manualmente sin acceso previo al domicilio, si bien, no toda entrada tiene porqué conllevar algún registro. Independientemente del carácter que se le quiera atribuir a una respecto del otro, lo cierto es que se encuentran relacionadas en el plano práctico, restringiendo, según los casos, derechos fundamentales diversos. En consecuencia, con la mera entrada se restringe el derecho a la inviolabilidad domiciliaria como se posibilita la práctica de medidas cautelares de naturaleza personal, tales como la detención de un sujeto presuntamente responsable de determinados hechos delictivos.

Por su parte, el registro limita, principalmente, el derecho a la intimidad<sup>395</sup>, si bien, según los casos, otros derechos fundamentales pueden llegar a verse afectados por el

---

<sup>394</sup> HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, p. 46. Ciertamente, existe la posibilidad de que sin introducción física en el domicilio se pueda llegar a tener acceso, vía telemática por ejemplo, al interior del mismo. En tales casos, el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, aun sin acceso físico al interior del domicilio, quedaría vulnerado sin perjuicio de las demás afectaciones de derechos fundamentales que el registro practicado en esta forma pudiera suponer. El acceso, aun por vía telemática, se habrá producido, facilitando con ello la práctica del registro a distancia, así como, un mayor ahondamiento en el estado de las investigaciones. Resulta imprescindible que en una futura modificación de la vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal se considere una exhaustiva regulación de la práctica de las entradas y de los registros efectuados telemáticamente.

Frente a lo anterior, ALONSO DE ANTONIO, *El derecho de inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*, ob. cit., p. 97, sostiene que la utilización de aparatos ópticos técnicamente sofisticados que desde gran distancia son aptos para la contemplación y en su caso reproducción de escenas privadas desarrolladas en el interior de un domicilio constituyen vulneraciones del derecho a la intimidad y no del derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Asimismo, JORGE BARREIRO, *El allanamiento de morada*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 60, sostuvo la necesaria presencia física o corporal en el interior de los espacios constitutivos de la morada ajena para incurrir en el delito de allanamiento de morada.

<sup>395</sup> Como sostiene DE LLERA, *Derecho Procesal Penal, Manual para criminólogos y Policías*, ob.cit. p. 264, la entrada y ulterior registro suponen limitaciones o intromisiones en los derechos consagrados en el art. 18.1 CE (derecho a la intimidad) y eventualmente, cuando se trata de entrada en un domicilio en el art. 18.2 CE (derecho a la inviolabilidad del domicilio). También puede verse implicado el derecho al secreto profesional, consagrado en el art. 20.1 CE, cuando la entrada y registro se produzca, por ejemplo, en el despacho profesional de un abogado o de un médico.

mismo, en aquellos supuestos en que las garantías fundamentales vean disminuidas su operatividad o simplemente se decida prescindir de ellas<sup>396</sup>.

### **III. CUESTIONES PROCESALES ATINENTES A LA ENTRADA Y AL REGISTRO ACORDADOS EN SEDE JUDICIAL.**

Se propone, en este punto, el análisis de aquellas actuaciones que son exclusivamente decididas por un órgano judicial, dejando para un momento posterior las cuestiones atinentes a los supuestos previstos en el art. 553 LEcrim o bien aquellos en los que el titular del domicilio decida otorgar su consentimiento para la práctica de la diligencia. La importancia de las valoraciones alcanzadas será notoria, pues a los efectos de la suspensión prevista constitucionalmente, será la materia a dilucidar con anterioridad a cualquier otra consideración.

Por tanto, primeramente, debemos determinar en qué consiste la intervención judicial que se establece en el art. 18.2 CE, para en un momento ulterior, atender las especialidades y los contornos que configuran la anterior suspensión de derechos fundamentales.

#### **1. Determinación de los órganos judiciales competentes para la adopción de la medida limitativa del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria.**

Entre los presupuestos habilitantes que legitiman la restricción del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se encuentra, efectivamente, la decisión de un órgano judicial al respecto.

---

<sup>396</sup> CABEZUDO BAJO, *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, ob. cit., p. 89. sostiene que con el registro se afecta, el derecho a la intimidad y el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), especialmente las relativas a la prueba e, incluso, puede llegar a afectar a la presunción de inocencia. Efectivamente, los mencionados derechos pueden llegar a ser potencialmente afectados, en aquellos casos, cabría añadir, en que las citadas garantías no se articulen correctamente. Tales derechos podrían verse limitados si el registro no se adecua a las garantías exigidas en materia probatoria, si bien no es posible deducir una eventual afectación directa de los derechos enumerados en el mismo grado que el derecho a la intimidad. La afectación de tales derechos, al contrario de lo que ocurre con el art. 18.1 CE, no es consecuencia inmediata y directa del mero registro, sino de aquél practicado sin las debidas garantías.

Como se afirmaba unas páginas más arriba, el domicilio es inviolable, por lo que ninguna entrada o registro podrá hacerse en el mismo salvo resolución judicial, entre otras posibilidades. Por ende, los únicos órganos con competencia para dictar resoluciones judiciales, obvia decir, son aquellos que ostentan potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), por cuanto la exigencia constitucional de resolución judicial veda la posibilidad de que órganos no jurisdiccionales puedan decidir la limitación del referido derecho fundamental en tales términos. Todo ello, sin perjuicio de que la autoridad gubernativa pueda en determinados supuestos de flagrancia delictiva o aquellos otros cualificados por una excepcional y urgente necesidad, en atención a delitos específicos, acordar la medida intromisiva sin consentimiento del titular del domicilio.

Por tanto, corresponde a aquellos órganos judiciales integrantes del Poder Judicial la tarea de decidir acerca de la procedencia de tales limitaciones. Como afirma GIMENO SENDRA en la limitación de este derecho los miembros del Poder Judicial ostentan no sólo la última, sino la primera palabra<sup>397</sup>. De esta forma, partiendo de que generalmente la entrada y el registro en domicilio se practicarán durante la fase de investigación de los delitos. Si bien nada impide que una vez en juicio oral se reputé necesaria la intervención domiciliaria (art. 746.2 LEcrim)<sup>398</sup>, declarándose entonces la suspensión del mismo, se entiende que el juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE), a quien compete la instrucción de las causas penales, se corresponde con el juez de instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido (art. 87.1 a LOPJ y art. 14 LEcrim), a salvo las particularidades establecidas en el art. 15 LEcrim cuando no conste el lugar de presunta comisión de los hechos delictivos<sup>399</sup>.

En consecuencia, informa la Ley de Enjuiciamiento Criminal acerca de la determinación de la competencia para autorizar la limitación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, precisamente, al juez o tribunal que conociere de la causa (art. 546 y 550 LEcrim)<sup>400</sup>. Mención expresa merece la atribución competencial

---

<sup>397</sup> GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 404.

<sup>398</sup> CABEZUDO BAJO, *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, ob. cit., p. 206.

<sup>399</sup> Para un tratamiento integral del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, puede acudir a DE DIEGO DÍEZ, *El derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley*, Tecnos, Madrid, 1998.

<sup>400</sup> Así lo ha venido entendiendo la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: SSTs de 16 de noviembre de 1998 (F. J. 3º), de 19 de noviembre de 1999 (F. J. 1º) y de 12 de abril de 2000 (F. J. 6º).

prevista, de un lado, en materia de terrorismo, y de otro lado, en cuestiones atinentes al ámbito castrense.

En lo que concierne a la instrucción de los delitos contenidos en la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, se dispone la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción (art. 88 LOPJ y art. 14.2 LEcrim), conforme a la atribución que la citada Ley concede a la Audiencia Nacional respecto de los citados delitos. No sin fundamentadas críticas.<sup>401</sup>

De esta forma, se ha considerado “*procesalmente correcto*” la posibilidad de que, por razones de urgencia, los órganos judiciales puedan actuar a prevención, con independencia de poder hacerlo igualmente por delegación prestando auxilio jurisdiccional a otros órganos judiciales, como en la práctica suele ser sumamente frecuente, cuando la instrucción de las causas puede corresponder a los Juzgados Centrales de Instrucción, dada la ubicación de la sede de éstos, su ámbito territorial de competencia y las razones de urgencia anteriormente aludidas (STS de 17 de febrero de 1997 (F. J. 4)). Indudablemente, la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite ambas opciones. La actuación a prevención de los órganos jurisdiccionales<sup>402</sup> se encuentra primeramente regulada en el art. 303 LEcrim:

---

<sup>401</sup> Voto Particular del Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra a la STC 56/1990, de 29 marzo: “*la necesidad de que esta sustracción de la competencia goce de una justificación objetiva y razonable la corrobora el art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para la que el juez territorialmente competente lo ha de ser el del locus delicti. Este criterio del juez legal «natural», no sólo no ha sido restringido por la Constitución, sino, antes al contrario, goza de una protección reforzada por el propio art. 24.2. °, en su manifestación de derecho «a un proceso público con todas las garantías», y por el art. 120.1. ° de la CE. En efecto, son razones de inmediación del órgano judicial con las fuentes de prueba y la necesidad de potenciar al máximo el principio de publicidad del juicio oral las que han de obligar al legislador estatal a fundamentar muy rigurosamente cualquier derogación al derecho de todo ciudadano a ser juzgado por el juez o Tribunal del lugar de comisión del delito.*

*Pero, como quiera que el propio legislador ordinario tiene sus propias dudas acerca de la justificación objetiva de, al menos, la competencia de la AN en materia de terrorismo (tal y como lo demuestra la simple lectura de la disposición transitoria de la L. O. 4/1988, en cuya virtud «la legislación que pueda modificar esta atribución de competencias se inspirará en el principio de inmediación judicial»), he de discrepar respetuosamente del criterio sustentado por la mayoría.”*

<sup>402</sup> El anacronismo resulta latente, por cuanto, la figura del juez municipal, regulada en la Ley de Bases de la Justicia Municipal de 19 de Julio de 1944, quedó finalmente derogada con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, apartado primero de la única Disposición Derogatoria que prevé.

*“La formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponderá a los Jueces de instrucción por los delitos que se cometan dentro de su partido o demarcación respectiva, y en su defecto a los demás de la misma ciudad o población cuando en ella hubiere más de uno, y a prevención con ellos o por su delegación, a los jueces municipales.”*<sup>403</sup>

El art. 22 LEcrim, por su parte, establece el principio de conservación de las diligencias necesarias para la comprobación del delito y, en general, las de reconocida urgencia, cualidad obviamente concurrente en una diligencia de registro domiciliario (STS de 22 mayo de 1995 (F. J. 3º)):

*“Cuando dos o más Jueces de instrucción se reputen competentes para actuar en un asunto, si a la primera comunicación no se pusieren de acuerdo sobre la competencia, darán cuenta con remisión de testimonio al superior competente; y éste, en su vista, decidirá de plano y sin ulterior recurso cuál de los Jueces instructores debe actuar.*

*Mientras no recaiga decisión, cada uno de los Jueces instructores seguirá practicando las diligencias necesarias para comprobar el delito y aquellas otras que considere de reconocida urgencia.”*

Tales atribuciones responden a la necesidad de priorizar la eficacia de la investigación en sus orígenes, permitiendo que órganos jurisdiccionales, no competentes según las reglas generales que regulan la atribución de competencias en materia penal, diriman las cuestiones iniciales que pudieran suscitarse en torno a la comisión de los delitos, y ello, con la necesaria celeridad. Instrumentos especialmente útiles en los casos en que la pronta perennidad de las posibles fuentes de prueba aconseje su urgente actuación.

---

<sup>403</sup> Asimismo, art. 318 LEcrim: *“Sin embargo del deber impuesto a los Jueces municipales de instruir en su caso las primeras diligencias de los sumarios, cuando el juez de instrucción tuviere noticia de algún delito que revista carácter de gravedad, o cuya comprobación fuere difícil por circunstancias especiales, o que hubiese causado alarma, se trasladará inmediatamente al lugar del delito y procederá a formar el sumario, haciéndose cargo de las actuaciones que hubiese practicado el juez municipal, y recibiendo las averiguaciones y datos que le suministren los funcionarios de la Policía judicial. Permanecerá en dicho lugar el tiempo necesario para practicar todas las diligencias cuya dilación pudiera ofrecer inconvenientes.”*

En un segundo momento, el órgano judicial que obra a prevención, actuaría en garantía judicial directa de los derechos fundamentales del sometido a investigación<sup>404</sup>. Todo ello, sin menoscabo de la diligencia empleada por dicho órgano judicial en la orden de inhibición y traslado de las actuaciones a favor del juez o tribunal que resulte competente (art. 15 LEcrim).

En cuanto a la delegación, se contempla en el art. 310 LEcrim:

*“Los Jueces de instrucción podrán delegar en los municipales la práctica de todos los actos y diligencias que esta Ley no reserve exclusivamente a los primeros cuando alguna causa justificada les impida practicarlos por sí. Pero procurarán hacer uso moderado de esta facultad, y el Tribunal inmediato superior cuidará de impedir y corregir la frecuencia injustificada de estas delegaciones.”*

Mayores dudas suscita este instrumento procesal, sobre todo, vistos los inconvenientes derivados de la ausencia del principio de inmediación en la determinación competencial de los Juzgados Centrales de Instrucción.

De otro lado, la determinación del concepto “*causa justificada*” que refiere el precepto habría de ser casuística, advirtiéndose, en todo caso, la necesidad de la delegación por motivos de urgencia dado el riesgo cierto de desaparición, deterioro o menoscabo de las oportunas fuentes de prueba<sup>405</sup>. En los casos en que no proceda delegación alguna, a consecuencia del traslado directo del órgano judicial centralizado, deberán observarse las necesarias garantías en cuanto a la presencia de los sujetos llamados a intervenir en las actuaciones, con especial énfasis en la presencia del sujeto investigado, debidamente asistido de letrado que, en el momento de practicar las investigaciones, asista al referido sujeto.

De forma específica respecto de la materia objeto de desarrollo en el Capítulo actual, el art. 563 LEcrim prevé la posibilidad de delegación cuando el edificio o lugar cerrado

---

<sup>404</sup> Sin embargo, en la materia que nos ocupa referida a la investigación criminal de los delitos de terrorismo, la regulación de las actuaciones a prevención de los órganos judiciales se centra, esencialmente, en la vertiente investigadora, dado el riesgo de pretender desapoderar, momentáneamente, a los órganos judiciales centralizados de las competencias asignadas.

<sup>405</sup> Cabría preguntarse sobre la posibilidad de proceder a la delegación con motivo del elevado coste económico que supondría el traslado del órgano judicial centralizado, puesto en relación con los inconvenientes que la delegación pudiera suscitar en los derechos fundamentales del investigado.



(por extensión resultaría aplicable al domicilio) estuviese en el territorio propio del juez instructor, siendo potestativa entonces la opción de delegación, puesto que podrá encomendar la entrada y el registro al juez municipal del territorio en que el edificio o lugar cerrado radiquen, o a cualquier autoridad o agente de policía judicial. Mientras el primer supuesto resulta de nula aplicabilidad, en el segundo, por el contrario, parece lógico que sea la autoridad gubernativa quien proceda a la práctica de las actuaciones, siempre a presencial judicial. En aquellos otros casos en que el edificio o lugar cerrado estuviese fuera del territorio del juez decidente, encomendará éste la práctica de las operaciones al juez de su propia categoría del territorio en que aquéllos radiquen, el cual, a su vez, podrá encomendarlas a las autoridades o agentes de policía judicial.

Por su parte, en el ámbito de la jurisdicción militar la competencia para acordar la limitación del derecho a la inviolabilidad domiciliaria corresponde al juez togado militar, tal y como se desprende del art. 187 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar<sup>406</sup>.

## **2. La obligada apertura de un proceso penal.**

Dentro de las posibles situaciones procesales en que podría acordarse la intromisión domiciliaria, podemos observar:

- Aquellas actuaciones que se realizan con carácter previo a la incoación de un proceso penal.

Véase las previsiones contenidas en el art. 553 LEcrim, donde la autoridad gubernativa, de propia autoridad, podrá acordar tales limitaciones ante casos de excepcional o urgente necesidad, siendo de obligado cumplimiento la comunicación al órgano judicial competente, tras lo cual dicho órgano decidirá si procede la citada incoación.

- La apertura del proceso penal se motiva en base a investigaciones policiales.

---

<sup>406</sup> Art. 187 LOPM: “Podrá el juez Togado acordar por medio de auto, que será notificado al Fiscal Jurídico Militar, el registro de un domicilio o local, y la retención, apertura y examen de la correspondencia privada, postal, telegráfica o grabada, relacionada con la investigación, que el procesado remitiere o recibiere, si hubiere posibilidad de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para la causa. También podrá ordenar que se traigan a los autos copia de los telegramas transmitidos o recibidos si concurren las mismas circunstancias.”

Igualmente se pueden considerar aquellos otros casos donde se traslada a los órganos judiciales competentes los resultados derivados de las investigaciones policiales que se vienen practicando, para que decida, una vez valoradas las aportaciones gubernativas, la procedencia de la limitación del derecho a la inviolabilidad domiciliaria así como la apertura del correspondiente proceso penal. En caso afirmativo, el órgano judicial debería proceder a la apertura de las correspondientes diligencias previas o sumariales, sin que, como afirma MORENO CATENA, en ningún caso pueda ser autorizada en el marco de las llamadas «diligencias indeterminadas» por la práctica forense, por más que esa diligencia sirva de apertura de las actuaciones procesales, y se pueda decretar al propio tiempo el secreto de las diligencias<sup>407</sup>.

- Las actuaciones se incardinan dentro de un proceso penal en curso (art. 546 LEcrim).

En tales supuestos se está haciendo referencia a la resolución judicial que acuerda la invasión domiciliaria dentro de un proceso penal en curso.

### **3. La exigencia de motivación que informa las medidas limitativas del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria.**

Tal y como se advirtió en el Capítulo anterior, las medidas limitativas de derechos fundamentales han de estar debidamente fundamentadas, de forma que el sujeto afectado pueda conocer las razones fácticas y jurídicas que justifican la limitación. Con ello, se garantiza la exteriorización de los motivos por los cuales se decidió sacrificar el derecho fundamental conculcado así como se facilita el oportuno control posterior de la medida. Dicha exigencia, parte esencial de la resolución judicial misma (STC 8/2000, de 17 de enero (F. J. 4º))<sup>408</sup> se constituye como un mecanismo de orden preventivo, que no reparador, para la protección del derecho fundamental reconocido en el art. 18.2 CE (STC 160/1991, de 18 de julio (F. J. 8º)). Para considerar la obligación de motivar las resoluciones limitativas de derechos fundamentales suficientemente satisfecha, se habrá de poder inferir de la misma la adecuada proporcionalidad que ha de presidir toda

---

<sup>407</sup> MORENO CATENA, «Actos de investigación reservados a la instrucción judicial», en *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 254.

<sup>408</sup> SSTC 126/1995, de 25 de julio, (F. J. 2º), 139/1999, de 22 de julio, (F. J. 2º), 290/1994, de 27 de octubre (F. J. 31º), 50/1995, de 23 de febrero (F. J. 5º), 41/1998, de 24 de febrero (F. J. 34º) y 171/1999, de 27 de septiembre (F. J. 10º), todas citadas en STC 8/2000, de 17 de enero.

afectación legítima de dichos derechos, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo (STC 136/2000, de 29 mayo (F. J. 4º)).

De otro lado, tanto doctrina como jurisprudencia admiten cumplido el requisito de motivación por mera remisión al contenido del oficio policial, considerándose constitucionalmente correctos, aunque procesalmente puedan reputarse viciados, los casos en que la resolución judicial es sucinta, pero no lo es el oficio policial de petición de autorización, y ello porque no se produce indefensión alguna a la parte, que cuando tiene acceso al procedimiento conoce, al mismo tiempo, el auto del juzgado y la solicitud de la policía que le precede y sirve de fundamento (STS de 18 de abril de 1997 (F. J. 1º)). Como afirma COLOMER HERNÁNDEZ, la esencia de esta figura la constituye el hecho de que sobre un punto de decisión del *thema decidendi* el juez no realiza una justificación *ad hoc* en el cuerpo de la resolución, sino que la reenvía o remite a la justificación contenida en otra resolución jurisdiccional o administrativa. La motivación *per relationem* es una práctica extendida en la vida cotidiana de nuestros tribunales, y ello curiosamente a pesar de afectar a la integridad del discurso de justificación de la decisión judicial. En efecto, la motivación por remisión implica una quiebra de la necesaria integridad del discurso de motivación, ya que supone que la justificación de parte de la decisión se realice mediante un instrumento ajeno a la propia resolución jurisdiccional<sup>409</sup>.

En otras ocasiones, se ha reputado como motivación suficiente la remisión realizada a la solicitud gubernativa, siempre que ésta “*sea coherente y completa*”, todo ello, en aras de

---

<sup>409</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, ob. cit., (ref. de 13 de febrero de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), quien se muestra contrario a admitir la motivación por remisión externa, y especialmente en los casos de remisión no jurisdiccional. Según el autor, esta praxis contraviene un adecuado cumplimiento del deber de motivación, si se tiene en cuenta que se dificulta enormemente la posibilidad de control de dicha motivación a cargo de los litigantes y de los órganos jurisdiccionales, ya que se ha de buscar la justificación en instrumentos ajenos por completo a la causa, y a los que, en ocasiones, las partes no pueden llegar a acceder. Si bien, entiende que puesto que el Tribunal Constitucional admite la remisión externa como método válido de justificación, sólo serán admisibles aquellas remisiones externas que reúnan los siguientes requisitos: a) La sentencia remitente debe aceptar y valorar las argumentaciones contenidas en el instrumento al que dirige la remisión; b) El instrumento o documento en el que se contenga la justificación a la que se remita el juzgador debe poder ser conocido por las partes litigantes de la causa; c) El instrumento o documento al que se remite la motivación debe contener expresa indicación de los hechos y circunstancias que justifican la decisión.

evitar una “*exposición redundante de los elementos ya reflejados en la solicitud de entrada y registro*” (STS de 10 de mayo de 2001 (F. J. 2º)).

Al mismo tiempo, se ha mantenido que la motivación por remisión no vulnera el art. 24.1. CE., pues se dice que lo esencial en la adopción de una medida que se dispone sin conocimiento del afectado y en una resolución que no es recurrible, no es la exposición de las razones de la misma, sino la constatación de su necesidad (STS de 9 de mayo de 2008 (F. J. 1º)). Sin embargo, encontramos pronunciamientos que tras admitir la suficiencia de la motivación realizada en tales términos se ha reconocido que la misma habrá de examinarse caso por caso (STS de 16 de diciembre de 1996 (F. J. 1º)), descartándose el cumplimiento de tal exigencia cuando en el oficio policial se contengan argumentos poco precisos o demasiado genéricos basados en “*abstractas sospechas policiales*” que no aportan “*datos precisos para que el juez pueda valorar su suficiencia como indicios a los efectos de acordar las referidas intervenciones*” (STS de 26 de septiembre de 1997 (F. J. 5º)) sino que se exige que “*los policías profesionales expongan la metodología de la investigación, aporten elementos necesarios que lleven al juez a la convicción de que los hechos justifican la medida aunque después se acuda a contenidos estereotipados para introducir los elementos jurídicos que entran en juego*” (STS de 30 abril de 2008 (F. J. 1º)).

Asimismo, se ha distinguido entre una motivación realizada por remisión al oficio policial y la integración de éste con la resolución judicial, admitiéndose en un principio la primera, pero rechazándose rotundamente la segunda, puesto que la decisión de limitar el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria corresponde, de acuerdo con el mandato contenido en el art. 18.2 CE, a un órgano judicial, “*quien no puede excusar su deber de resolver y motivar lo resuelto con la simple remisión a los motivos que aduzca otro poder público no judicial; sin perjuicio de que en ciertos casos y según las circunstancias, en particular si ya hay una instrucción judicial en marcha, le sea posible complementar algunos de los extremos no esenciales de su mandamiento de entrada y registro. Dicho esto, (...) no es de ningún modo aceptable la técnica de integración referida, en la que la motivación de la medida limitativa singular del derecho a la inviolabilidad del domicilio se extrae de la interpretación conjunta de, cuando menos, el oficio policial interesándola y la resolución judicial autorizándola. (...) Es éste un caso en el que la ausencia y falta de motivación y, en consecuencia, la*

*lesión del concreto derecho fundamental no puede suplirse ni sanarse en las posibles instancias jurisdiccionales a las que se acuda, pues, en puridad, en esas instancias ya no cabe reparar la lesión infringida al derecho a la inviolabilidad del domicilio convalidando ex post una entrada y registro infundados y lesivos del art. 18.2 C.E.” (STC 239/1999, de 20 de diciembre (F. J. 5º). Sin embargo, a continuación se admitió la técnica de la integración siempre y cuando ésta se produzca “con los datos obrantes en la solicitud policial, y no con las informaciones que aparezcan con posterioridad en el ulterior atestado policial” (STC 8/2000, de 17 de enero (F. J. 5º)).*

A su vez, se ha considerado satisfecha la exigencia de motivación exteriorizada en resolución judicial mediante formulario, en base a que la misma fue dictada como consecuencia de un oficio policial, y por tanto, puede estimarse integrada con lo razonado en éste “*siempre y cuando la solicitud policial contenga los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva*” (ATC 426/2004, de 10 de octubre (F. J. 2º), trayendo a colación la STC 167/2002, de 18 de septiembre (F. J. 2º))<sup>410</sup>.

Con todo lo dicho, como en casos anteriores y venideros, también en materia de inviolabilidad domiciliar se viene admitiendo la motivación de la resolución judicial limitativa por mera remisión al oficio policial donde se solicita autorización para practicar las diligencias de entrada y de registro. Al respecto, tales prácticas actúan en detrimento de la esencia misma de la garantía *judicial* de motivación que ha de presidir toda legítima limitación de derechos fundamentales, “*única vía de constatación de la ponderación judicial que constituye la esencial garantía de esta excepción a la inviolabilidad domiciliar*” (STC 126/1995, de 25 de julio (F. J. 3º)). Como se advirtió, la remisión al oficio policial no debería comprender la suficiencia de la exigencia de motivación, sino ser contenido de la misma, para que una vez valorados los argumentos que se exponen en el mismo, el órgano judicial competente, y no otro, decida la procedencia de la medida limitativa del derecho fundamental a la inviolabilidad

---

<sup>410</sup> En el mismo sentido, STS de 25 de junio de 2008 (F. J. 1º).

domiciliaria, plasmando en la correspondiente resolución judicial las razones por las que se acuerda o desautoriza su práctica<sup>411</sup>.

#### **4. Cuestiones de procedimiento atinentes a la entrada y al registro acordados en sede judicial.**

La Ley Procesal Penal regula el procedimiento a observar durante la práctica de las actuaciones que la diligencia de entrada y de registro permiten realizar, recogiendo en tales normas desde las menciones que la resolución judicial que acuerde la limitación ha de contener, como el momento oportuno para su actuación, sujetos que han de intervenir en las actuaciones, la forma de realización de las mismas, notificaciones a efectuar y la oportuna documentación del acto.

##### **4.1. La resolución judicial que acuerda la intromisión domiciliaria.**

La resolución judicial en la que se acuerde la limitación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio habrá de revestir forma de auto en donde específicamente se ordene la entrada y el registro (arts. 558 y 566 LEcrim), determinándose con toda precisión tanto el lugar, la persona o cosa que se busca<sup>412</sup>. Podremos deducir entonces la necesidad de que la limitación del derecho fundamental referido, acordada judicialmente, se documente en forma escrita, descartándose posibles autorizaciones

---

<sup>411</sup> Suscribimos la opinión de COLOMER HERNÁNDEZ, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, ob. cit., (ref. de 13 de febrero de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), quien muestra frontal oposición a la posibilidad de motivación por remisión externa en la adopción de medidas restrictivas del ejercicio de derechos fundamentales. Nuestra postura choca frontalmente con la praxis del Tribunal Constitucional, que viene admitiendo la motivación de la adopción de dichas medidas tanto a través de remisión externa jurisdiccional (STC 92/2000, de 10 de abril), como mediante remisión externa no jurisdiccional (STC 123/1997, de 1 de julio). Y es que, en efecto, a nuestro juicio, todos los casos en los que se exige una motivación reforzada o específica, dicho contenido especial de la motivación debe encontrar su reflejo en la propia resolución sin que pueda remitirse a otro instrumento. Por tanto, la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales no pueden justificarse por remisión salvo que la justificación del contenido específico (juicio de proporcionalidad, coincidencia de la medida con los fines que constitucionalmente habilitan la restricción de los derechos en juego, concurrencia de las circunstancias exigidas para su adopción, y funcionalidad de la medida en el caso concreto) se halle expresamente contenida en la resolución en la que se acuerde (...). En este sentido, no hay duda de que una remisión absoluta en materia de limitación de derechos fundamentales no puede ser considerada una motivación suficiente, por cuanto impide que la resolución en la que se restringe el derecho pueda servir como justificación material de la limitación.

<sup>412</sup> MORENO CATENA, «Actos de investigación reservados a la instrucción judicial», en *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 254.

verbales al respecto. En tales casos, la urgencia que pudiera justificar la autorización verbal del órgano judicial competente a los efectos oportunos, debería decaer como consecuencia de la correcta articulación de uno de los elementos habilitantes de la intromisión pública domiciliar: la flagrancia delictiva<sup>413</sup>.

Asimismo, los arts. 550 y 558 LEcrim hacen referencia a la citada obligación de motivar las resoluciones judiciales afectantes del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria, estableciéndose, vía Tribunal Constitucional, aquellos requisitos que habrán de contenerse en las mismas, esto es, la determinación de las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio), temporales (momento y plazo) y personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión) de la entrada y del registro (STC 14/2001, de 29 enero (F. J. 8º)).

Varias precisiones al respecto. La determinación del titular u ocupantes del domicilio, no creemos sea en modo alguno concluyente (STS de 11 de marzo de 1996 (F. J. 2º)). O al menos no lo será en los términos en que la determinación espacial y, sobre todo material, deberían serlo. En efecto, en numerosas ocasiones resulta ciertamente complicado constatar fehacientemente los ocupantes que, en un momento concreto, puedan llegar a ocupar una determinada vivienda.

Respecto de la titularidad, caso de existir asiento registral, quizás resulte algo más sencillo, al menos documentalmente; sin embargo, los titulares que figuren en el correspondiente asiento registral no tendrán porqué coincidir, necesariamente, con la persona o personas que vienen siendo sometidas a investigación pública, ni mucho

---

<sup>413</sup> Como sentada Jurisprudencia propone, el concepto de delito flagrante exige que, además de las notas de inmediatez temporal y personal requeridas en el ya derogado art. 779 LECRIM, concurra en el caso una necesidad urgente, tan urgente que no le fuera posible a la Policía acudir al Juzgado correspondiente para obtener la oportuna autorización judicial, porque los hechos percibidos respecto de la comisión del delito requirieran una perentoria actuación con el fin de poner término a la situación concurrente a la vista del daño que amenazaba con producirse de inmediato, o que ya se estaba produciendo y de la necesidad de proceder a la detención del delincuente o delincuentes y de ocupar los efectos o instrumentos del delito. Cuando tal necesidad de actuación perentoria se produce, entonces las fuerzas de la Policía no sólo están facultadas para penetrar en el domicilio en que el delito se está cometiendo sin requerirse para ello ni consentimiento del titular ni autorización judicial, sino que están obligadas a intervenir en tales supuestos con los mencionados fines (...). Tales fuerzas de la Policía, cuando conocen por su percepción directa la comisión de un delito en el interior de un domicilio, que por sus características requiere la referida intervención urgente están obligadas a actuar sin acudir al Juzgado porque precisamente esa situación de urgencia no se lo permite (STS de 11 de diciembre de 1992, entre otras).

menos con las personas que, en un momento concreto, residan en el domicilio a intervenir. Por tanto, el auto limitativo de derechos fundamentales deberá determinar tanto los titulares del domicilio que le consten al órgano emisor como la identidad de la persona o personas objetivadas en la investigación penal en curso; si bien, los posibles errores que pudieran producirse en la determinación personal que puede acoger la resolución judicial referida, respecto de la titularidad o moradores del inmueble, afectará a la propia forma del documento y no, de forma directa e indubitada, a los resultados obtenidos mediante las actuaciones practicadas.

En cuanto a la determinación espacial, bastará con la identificación topográfica del domicilio<sup>414</sup>, por lo que aquellas resoluciones judiciales cuyas inexactitudes impidan identificar el lugar a intervenir, desembocarán en la nulidad de lo actuado (STS de 12 de julio de 1996 (F. J. 5º))<sup>415</sup>. Junto a lo anterior, deberá acompañarse la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial (STC 14/2001, de 29 enero (F. J. 8º)). A su vez, el referido auto habrá de contener tanto las citadas menciones acerca del momento oportuno para practicar la diligencia, con expresa indicación de fecha, como la determinación de la autoridad o funcionario que haya de practicar la misma (art. 558 LEcrim), lo cual se habrá de poner en relación con lo anteriormente desarrollado respecto a la posibilidad de delegación judicial, tal y como dispone el art. 563 LEcrim. Por último, habría de añadirse expresa referencia a los delitos que se vienen investigando, sin que el descubrimiento de nuevos hechos o circunstancias de las denominadas causales (STC 41/1998, de 24 de febrero (F. J. 2º)), deba enturbiar, necesariamente, la legitimidad de las actuaciones realizadas. El documento finalizará con la identificación y la rúbrica del órgano judicial que acuerda la medida limitativa del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria.

De otro lado, en lo que respecta a la solicitud de autorización judicial por parte de la autoridad gubernativa, debiera documentarse en forma escrita, aportándose la

---

<sup>414</sup> Sin embargo, la cuestión resulta tanto más complicada cuando se trata de intervenir un domicilio que se encuentra en conexión física con un segundo domicilio, sito en bloque contiguo al primero que permite el acceso a diferentes dependencias. Y no digamos cuando tales situaciones se suceden respecto de los diferentes bloques de pisos, que forman una misma colectividad. La flagrancia delictiva jugará hasta donde la capacidad, personal pero sobre todo material, de los agentes intervinientes lo permita.

<sup>415</sup> DE LLERA SUAREZ BÁRCENA, «Auto de entrada y registro en domicilio: contenido indispensable del auto», en *El proceso penal*, ob. cit., (ref. de 28 de agosto de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).



correspondiente determinación personal y espacial, así como los argumentos que servirán de base al órgano judicial para decidir la eventual procedencia de la autorización. Sin embargo, no han faltado ejemplos en los que la ausencia del carácter escrito de la solicitud policial, se ha integrado, precisamente, mediante la competencia de oficio que ostentan los anteriores órganos judiciales. Al respecto puede verse la STS de 30 de abril de 2002 (F. J. 4º) donde se sostiene dado que: *“en consecuencia se efectuó una solicitud policial, que aunque es conveniente que sea escrita, no es imprescindible pues si el propio juez puede acordar la entrada y registro de oficio, sin necesidad de solicitud policial, con mayor razón la puede acordar tras una entrevista personal con los Jefes del operativo policial en la que éstos le dan cuenta personal y directa de lo averiguado y de las razones que hacen necesaria la entrada y registro en un domicilio determinado.”* Argumentos que en nuestra opinión resultan insostenibles. Principalmente debido al carácter irreproducible de una conversación privada entre el órgano director de la investigación y los agentes de la policía judicial que del mismo dependen, y por ende, por el menoscabo que supone para el principio de contradicción y el más amplio derecho de defensa en que el anterior se integra. Como pusimos de manifiesto, la acción penal puede tener varios momentos, correspondiendo su ejercicio a los directamente ofendidos por el hecho delictivo y, bajo determinados requisitos, a todo ciudadano mediante el ejercicio de la acción popular. Asimismo, consideramos los resultados de las actuaciones de investigación llevadas a cabo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que podrán desembocar en la apertura del correspondiente proceso penal. Actuaciones, que indudablemente, tendrán repercusión sobre la persona que deba soportar la referida investigación, debiendo consolidarse en tales estadios, donde la afectación potencial de derechos fundamentales se muestra en toda su extensión, las garantías que informan la configuración del derecho de defensa. Al considerar el concepto de acusación hemos necesariamente de acudir al concepto de defensa<sup>416</sup>.

#### 4.2. Espacio temporal oportuno para practicar las actuaciones.

La determinación del período de tiempo en que se deberán llevar a cabo tanto la entrada en domicilio como el posterior registro sobre el mismo se configura a modo de requisito formal que deberá contener la resolución judicial que acuerda la medida limitativa. Por tanto, el auto mediante el cual se acuerde la entrada y el registro

---

<sup>416</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, «La acusación y la imputación», en *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 135.

domiciliario especificará, *ab initio*, el momento oportuno para practicar tales actuaciones, esto es, si la entrada y el registro tendrán lugar tan sólo de día (art. 558 LEcrim) o bien si pueden llevarse a cabo en horas diferentes. A tal fin, las competencias del órgano emisor son notablemente amplias pues como informa el art. 550 LEcrim, si la urgencia lo hiciere necesario, el juez instructor podrá ordenar la entrada y el registro en domicilio tanto en horas del día como en las de la noche, siempre y cuando, hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación (art. 546 LEcrim). Se observa cómo la cautela impuesta sobre la existencia de tales indicios parece ser uno de los parapetos que prevé el Legislador frente a eventuales extralimitaciones de la autoridad actuante.

Al margen de la escasa utilidad apriorística del mismo, no se entiende qué entrada o registro puede ordenarse sin la existencia de indicios que informen la presencia física del sujeto procesado (dice la norma) o bien, la posibilidad de encontrar en el domicilio posibles fuentes de prueba materiales, la condición que impone el precepto será cumplida a riesgo de declarar la nulidad de lo actuado, en caso contrario.

Sin descender del resbaladizo terreno en que los indicios se mueven, y en cuanto tales, los hechos que se asientan sobre los mismos permiten acoger variadas interpretaciones, la clave no radica tanto en la existencia de indicios de criminalidad, más o menos racionales, sino en que su determinación sea factible, objetiva y coherente<sup>417</sup>.

En lo referente al registro, *stricto sensu*, se habrá de practicar durante las horas del día, sin perjuicio de que una vez expirado el referido lapso de tiempo sin haber concluido las actuaciones, se pueda solicitar del interesado o su representante consentimiento para continuar durante la noche. En caso de obtener respuesta negativa, se podrán articular las oportunas medidas (cierre y sellado) tendentes a evitar posibles fugas o sustracciones, previniendo quien practique el registro a los presentes en el mismo, las consecuencias penales que la alteración de tales medidas conlleva (arts. 570 y 571

---

<sup>417</sup> Por ejemplo, la indiciaria de trasiego habitual de personas a las que se les atribuye posibles adiciones a sustancias estupefacientes, puede resultar uno de los basamentos que justifiquen la entrada y posterior registro en el domicilio donde presuntamente se viene produciendo el despacho de tales sustancias. Ahora bien, si dicho trasiego no es susceptible de determinación posterior, difícilmente podremos sostener el adecuado relato fáctico que informe la resolución judicial que habilita las actuaciones intromisivas.

LEcrim). En cualquier caso, si resultase necesario proseguir con las actuaciones, nada impediría que el órgano judicial que autorizó el registro, vistos los resultados que han ido obteniéndose en el curso de las investigaciones realizadas, y persistiendo las razones que justificaron la intromisión domiciliar, decida prorrogar la medida en horario distinto al inicialmente fijado.

#### 4.3. Notificación a los sujetos afectados.

El citado auto deberá ser notificado en la forma prevista en el art. 566 LEcrim, donde se recoge la determinación de los sujetos susceptibles de ser notificados, estableciéndose el siguiente orden de prelación: en primer lugar se habrá de comunicar la diligencia a la persona del afectado por la medida, esto es, el titular del domicilio cuya inviolabilidad se restringe, previéndose, en cuanto no fuera posible localizar a tal sujeto, la notificación a su encargado. En defecto de éste, a cualquier otra persona mayor de edad que se encuentre en el domicilio, preferiblemente familiar del afectado. Por último, en el caso de que ninguno de los anteriores pueda ser hallado, se hará constar por diligencia, que se extenderá con asistencia y firma de dos vecinos (art. 566 LEcrim).

En cuanto al momento oportuno para efectuar la notificación, ordena el art. 550 LEcrim la obligación de notificar la diligencia a la persona interesada en los supuestos que el art. 546 LEcrim contempla, de forma inmediata, o en todo caso, en el plazo de veinticuatro horas, a contar desde el momento en que la misma fue acordada. En consecuencia, dicha notificación habrá de realizarse, al menos, al tiempo de practicar la medida, puesto que si se transmitiese la oportuna información con una antelación previa, más o menos significativa, se restaría la pretendida eficacia de la diligencia. El hecho de que se prevea la notificación a las mismas puertas del domicilio nos da una idea de los derroteros por los que la actual regulación legal se mueve, esto es, la notificación ha de ser anterior o simultánea a la realización efectiva de la diligencia de entrada y de registro<sup>418</sup>.

---

<sup>418</sup> Al respecto puede acudir a la STS de 4 de mayo de 1994: “*el artículo 566 contempla la situación de la entrada y registro en el momento de verificarse. Allí ha de notificarse al particular afectado el auto; sólo si no es habido en la primera diligencia, se notifica al encargado y, en último término, se entenderá con cualquier persona mayor de edad que se hallase en el domicilio, preferentemente a los individuos de la familia del interesado.*”

#### 4.4. Práctica de las actuaciones.

En todo caso, la entrada y el registro se llevarán a cabo procurando perjudicar la menos posible a la persona del interesado (art. 552 LEcrim), legitimándose el uso de la fuerza si fuera necesario (art. 567 LEcrim), y adoptándose, en sede judicial, las oportunas medidas de vigilancia con la finalidad de evitar la pérdida de eficacia de la medida (art. 567 LEcrim).

#### 4.5. La entrada en domicilio.

La diligencia de entrada, nos informa DE LLERA SUÁREZ-BARCENA no es realmente una diligencia de investigación, sino una medida meramente instrumental, prevista en función de la eficacia de muy distintas intervenciones o actuaciones policiales y judiciales de diversa naturaleza<sup>419</sup>. En efecto, la entrada en domicilio vendrá precedida de toda una serie de actuaciones que se incardinan en el curso de una más amplia investigación, y que previsiblemente, permitirá que dicha investigación pueda seguir arrojando resultados<sup>420</sup>. Actuaciones investigadoras de variada índole: desde seguimientos para la posible identificación de personas, búsqueda de indicios que pudieran denotar la presunta comisión de hechos delictivos, métodos de acceso al

---

<sup>419</sup> De esta forma, distingue las siguientes finalidades en la entrada: a) entrada motivada por motivos asistenciales, b) entrada administrativa, y c) entrada motivada por actos de investigación criminal. LLERA SUÁREZ BARCENA, «La entrada en lugar cerrado: noción y posibles fines de la diligencia», en *El proceso penal*, Tirant Online, 2000, (ref. de 1 de octubre de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

<sup>420</sup> El uso de determinadas tecnologías que puedan permitir la obtención de información respecto del interior de un domicilio, y las actuaciones que en el mismo se suceden, ha de encuadrarse necesariamente en el ámbito protector del art. 18.2 CE. Puede acudir a las SSTC 290/1994, de 27 de octubre y 94/1999, de 31 de mayo, entre otras. Como sostiene la STS de 13 de marzo de 2003 (F. J. 2º), “*a captación de imágenes se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad. Por ello cuando el emplazamiento de aparatos de filmación o de escucha invada el espacio restringido reservado para la intimidad de las personas sólo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial que constituye un instrumento habilitante para la intromisión en un derecho fundamental. No estarían autorizados, sin el oportuno placet judicial, aquellos medios de captación de la imagen o del sonido que filmaran escenas en el interior del domicilio prevaleciendo de los adelantos y posibilidades técnicas de estos aparatos grabadores, aun cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del recinto domiciliario. El material fotográfico y video - gráfico obtenido en las condiciones anteriormente mencionadas y sin intromisión indebida en la intimidad familiar tienen un innegable valor probatorio, siempre que sea reproducido en las sesiones del juicio oral.*” En Derecho comparado puede acudir a *Kyllo v. United States*, 553 U.S. 27 (2001).

domicilio, medios que se podrían emplear en dicho acceso, hasta análisis de los materiales empleados en la construcción de las viviendas, véase la cantidad y tipo de explosivo que podría utilizarse para derribar la puerta de acceso a un domicilio, previendo la posibilidad de que algún persona se encuentre en las proximidades de dicha puerta<sup>421</sup>.

#### 4.6. Particularidades del registro.

Tras el desarrollo de los epígrafes anteriores, se contemplan ahora aquellas circunstancias de procedimiento que regulan la práctica de los registros, y en particular, aquellas cuestiones referentes a los sujetos cuya intervención viene legalmente exigida, así como el procedimiento a través del cual se articula el registro domiciliario.

##### *a) Sujetos intervinientes en el registro.*

En materia de registros domiciliarios, la Ley de Enjuiciamiento Criminal ordena la presencia del interesado<sup>422</sup>, o de su representante, y en defecto de aquéllos, de un familiar mayor de edad, o si no fuera posible lo anterior, de dos testigos<sup>423</sup>. Asimismo, resulta preceptiva la efectiva presencia física del secretario del juzgado o tribunal que hubiera autorizado la medida o bien del secretario del servicio de guardia que le sustituya. En caso de necesidad, el secretario judicial podrá ser sustituido en la forma prevenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial, tal y como se estableció en la Ley 22/1995, de 17 de julio, mediante la que se garantiza la presencia judicial en los registros domiciliarios. En consecuencia, el secretario, garante de la fe pública judicial,

---

<sup>421</sup> Ciertamente aunque los dispositivos de seguimiento colocados en vehículos u objetos personales, en principio, no tendrían encaje en los derechos contemplados en el art. 18 CE, la cuestión difiere sustancialmente cuando se utilizan los mismos para conocer las actividades que se producen en el interior de un domicilio. A tal fin, puede acudir a *United States v. Knotts*, 460U.S. 276 (1983), o bien *United States v. Karo*, 468, U.S. 705 (1984).

<sup>422</sup> Al respecto puede verse la reciente STS de 8 de abril de 2008 (F. J. 2º) donde se manifiesta que el art. 569 LEcrim dispone que el registro se hará a presencia del interesado que resulta ser el titular del domicilio sometido a examen.

<sup>423</sup> Véase que la resistencia a presenciar el registro por parte de los obligados a ello podrá conducir a la oportuna exigencia de responsabilidad penal (art. 550 CP).

levantará acta tanto de la diligencia propiamente dicha como de las posibles incidencias acaecidas, que se pasará a firma de todos los asistentes (art. 569 LEcrim)<sup>424</sup>.

Respecto de la situación en que se encuentra el derecho a la asistencia letrada del sujeto cuyas dependencias personales resultan transgredidas e inspeccionadas, nos pronunciamos con ocasión del desarrollo del Capítulo I de la presente obra, apostando por extender dicha asistencia letrada hasta la propia práctica del registro. Opción sólo excepcionable cuando acreditadas razones lo justifiquen, y que, asimismo, contribuye a garantizar tanto los derechos del sujeto cuyas dependencias se someten a examen, como la adecuación de tales actuaciones al propio ordenamiento jurídico, validando el letrado con su firma, los términos de su práctica. Y proponemos lo anterior a sabiendas de la existencia de numerosos pronunciamientos que se posicionan en contra de la efectividad de dicha asistencia letrada. Como señala la STS de 25 de junio de 2003 (F. J. 2º) es doctrina reiterada, pacífica y consolidada considerar que la validez constitucional y procesal del registro domiciliario, legalmente acordado por la autoridad judicial competente, no precisa la asistencia de letrado defensor del detenido, aunque sí la presencia de éste, toda vez que ni el art. 17.3 CE, ni los arts. 118 y 520 LEcrim, exigen esta presencia.

La cuestión acerca de la necesaria asistencia letrada durante la práctica de la entrada y del registro debemos conectarla con el status procesal que tenga el sujeto cuya morada se pretende inspeccionar, en el momento en que dicha inspección va a producirse. La formulación de cargos se constituye entonces en el parámetro que delimita la necesaria prestación de dicha asistencia letrada.

En primer lugar, la intromisión y el registro domiciliario dispondrá unos efectos y unas consecuencias que trascienden del ámbito constitucional establecido por el art. 18.2 CE. Centrar el debate exclusivamente en las formalidades, constitucionales y legales de la medida cautelar, y en los efectos que soporta el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliar resulta a todas luces, un posicionamiento sesgado, por cuanto los resultados

---

<sup>424</sup> Art. 451.3 LOPJ: “Excepcionalmente, cuando no hubiera suficiente número de secretarios judiciales, en los supuestos de entradas y registros en lugares cerrados acordados por un único órgano judicial de la Audiencia Nacional y que deban ser realizados de forma simultánea, podrán los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, en sustitución del secretario judicial, intervenir en calidad de fedatarios y levantar la correspondiente acta.”

que de las actuaciones se deriven tendrán incidencia directa en el proceso penal posterior. Habiéndose producido una formulación de cargos, en los términos anteriormente desarrollados, y mediando una restricción de derechos fundamentales de indudablemente trascendencia procesal, el sujeto investigado ha de tener, necesariamente, derecho a recibir asistencia letrada. Piénsese que el principio de contradicción, generalmente, actuará respecto del cumplimiento de las formalidades previstas constitucional y legalmente, y ello a pesar de que los resultados del registro puedan alcanzar un determinado valor a efectos probatorios.

En segundo lugar, ¿pueden los resultados obtenidos en la práctica del registro suponer la formulación directa de cargos frente al sujeto investigado? Qué duda cabe que la respuesta ha de ser afirmativa. Si el sujeto se encuentra privado de libertad, siendo requisito legal su efectiva presencia física en el domicilio mientras se están practicando las actuaciones (art. 569 LEcrim), a lo que habrá de añadirse, siempre y cuando no suponga un peligro para con la práctica del registro, ¿qué impide que el letrado defensor pueda personarse en dicho domicilio?. Y no le falta razón a los argumentos plasmados en la citada resolución judicial, cuando advierte que la presencia de letrado en las actuaciones no es requisito que exijan los preceptos mencionados. Pero, ¿es que acaso se prohíbe normativamente la presencia de letrado en las actuaciones? Obviamente, no existe tal prohibición en el ordenamiento jurídico español. Asimismo, cabe recordar cómo no es el derecho a la presencia de letrado sino a la efectiva asistencia el que se encuentra plasmado en el art. 24.2 CE. Más ventajosa sería la situación en que se encuentra el sujeto que tras conocer los cargos que contra el mismo se formulan, no se encuentra privado de libertad, a quien dicho sea de paso, también debe garantizársele el derecho a recibir asistencia letrada en el momento de las actuaciones. Situación más ventajosa, por notorios motivos, que la del sujeto privado de libertad, donde incluimos no solo la libertad deambulatoria, sino también y, esencialmente, la libertad de comunicación.

Por último, considerar las actuaciones que requieran una más acentuada inmediatez en su práctica, donde no obstante, serán las específicas circunstancias, principalmente respecto del aseguramiento material de las eventuales fuentes de prueba, quienes aconsejen el momento en que pueda concederse efectividad a la presencia del letrado asistente en las actuaciones. Como advertimos, la asistencia de letrado en las entradas,

en que la misma sea viable, y en los registros que posteriormente se desarrollen, conlleva más ventajas que inconvenientes en la pretendida maximización de la eficacia en la investigación de los delitos.

*b) Procedimiento que informa la práctica del registro.*

El art. 575 LEcrim establece la obligación general que vincula a toda persona de exhibir los objetos y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa, pudiendo exigirse las oportunas responsabilidades penales en el supuesto de obtener una respuesta negativa al respecto. La Ley Procesal Penal regula expresamente el procedimiento a seguir para que una vez practicado el registro, la autoridad competente proceda a la recogida de los instrumentos y efectos del delito o bien de aquellos libros, papeles o cualesquiera otras cosas que se hubiesen encontrado, siempre que fuera necesario para el resultado del sumario<sup>425</sup>. Tales documentos habrán de ser numerados, sellados y rubricados en todas sus hojas por el juez, el Secretario y los asistentes al registro así como por el sujeto afectado o quien se posicione en su lugar según las reglas anteriormente expuestas (art. 574 LEcrim). Una vez concluidas las actuaciones a presencia de la autoridad judicial, se documentarán judicialmente (art. 572 LEcrim) haciendo constar los nombres de las personas intervinientes en el acto, los posibles incidentes ocurridos, la hora de inicio y finalización de las mismas así como la relación del registro por el orden en que se realizó y las results obtenidas.

Un procedimiento que regula la forma en que se documenta la práctica del registro completamente desvinculado de la realidad que supone el uso de las tecnologías que permiten la posterior reproducción de lo actuado. El acta documentada del secretario judicial, evidentemente, ofrece las garantías propias de la fe pública judicial plasmada en documento escrito. A tales garantías cabría añadir el uso de cámara de fotografía y de video, de uso generalizado, y cuya invención puede datar de finales del siglo XIX

---

<sup>425</sup> En cuanto a la posibilidad de intervención sobre soportes electrónicos, tales como ordenadores, bases de datos, dispositivos de almacenamiento masivo de memoria, entre otras opciones, habrá de seguirse el régimen de garantías desarrollado. Sería conveniente se establecieran los necesarios parámetros que informaran su regulación. Como punto de partida proponemos que en cualquier caso, la resolución judicial habilitante se pronuncie expresamente acerca de la posibilidad de intervención sobre el contenido de tales instrumentos. Con las excepciones lógicas, en los casos de inminente destrucción del contenido de los mismos, donde sería posible su inmediata y justificada intervención, aun en ausencia de habilitación judicial expresa.



principios del siglo XX, respectivamente. A tal fin, se propone que toda la práctica del registro se gestione en forma tal que permita su inserción en soporte apto para su posterior reproducción. Y que tales aspectos sean regulados. Principalmente por las ventajas que supone para un proceso penal posterior, tanto por la posibilidad de contradecir lo grabado como por la seguridad que brinda en el desarrollo de las tareas investigadoras.

Por último, en el caso de que los resultados no ofreciesen un balance positivo, por no haber podido encontrar las personas u objetos buscados, o bien no concurra indicio alguno de responsabilidad criminal, se podrá exigir por parte del interesado certificación del acta que acredite los resultados de la diligencia (art. 569 LEcrim).

#### **IV. LA PRESTACIÓN DE CONSENTIMIENTO POR PARTE DEL TITULAR DEL DOMICILIO COMO PRESUPUESTO HABILITANTE DE LA LIMITACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVIOLABILIDAD DOMICILIARIA.**

No será el objeto del presente trabajo analizar profusamente las cuestiones referentes a las entradas y los registros practicados previo consentimiento del titular del domicilio, si bien, no por menos debemos hacer escueta mención al respecto.

De esta forma, para entender cuándo se ha prestado el consentimiento ante la solicitud de autorización que pudiera efectuar la autoridad gubernativa, hemos de acudir a la Ley de Enjuiciamiento de Criminal, concretamente a su art. 551:

*“Se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y el registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el artículo 6 de la Constitución del Estado.”*<sup>426</sup>

---

<sup>426</sup> La referencia al artículo 6 de la Constitución alude a la Constitución de 1876: “Nadie podrá entrar en el domicilio de un español, o extranjero residente en España, sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes. El registro de papeles y efectos se verificará siempre á presencia del interesado o de un individuo de su familia, y en su defecto, de dos testigos vecinos del mismo pueblo.”

Evidentemente, tal petición de entrada procederá cuando no se disponga de autorización judicial al respecto ni medien los presupuestos del art. 553 LEcrim, pues en tales casos la petición de consentimiento para acceder a domicilio ajeno resulta innecesaria<sup>427</sup>. A tenor de la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el consentimiento o la conformidad implica un estado de ánimo concreto en virtud del cual la persona interesada, ante la situación también concreta que las circunstancias le presentan, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenga lugar. Se trata en suma de una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento, una licencia o una venia que soslaya cualquier otra exigencia procedimental (STS de 7 de marzo de 1997 (F. J. 3º)).

De otro lado, el citado art. 550 LEcrim obliga, a su vez, a recabar el beneplácito del titular del domicilio que se pretende afectar, obviamente, con anterioridad a la efectividad de las actuaciones que se interesa practicar. La determinación de la existencia de consentimiento se habrá de interpretar de manera restrictiva, de la forma más favorable para el titular domiciliario, si bien, para llegar a conclusiones concretas respecto del consentimiento otorgado han de analizarse, racionalmente, el comportamiento del propio interesado, «antes, durante y después», así como las manifestaciones de cuantos pudieran estar presentes cuando el registro se llevó a cabo (STS de 23 de enero de 1998 (F. J. 4º)).

Por último, entre los requisitos que informan la prestación del consentimiento encontramos:

- a. Ha de ser solicitado por la autoridad que pretenda practicar la diligencia de forma expresa y formal<sup>428</sup>.
- b. Otorgado por persona capaz, de forma consciente y libre, oralmente o por escrito, pero siempre se reflejará documentalmente para su constancia indeleble (STS de 4 de noviembre de 2002 (F. J. 2º)).
- c. Podrá ser expreso, tácito o presunto (art. 551 LEcrim).

---

<sup>427</sup> Las SSTs de 17 de julio de 1993 (F. J. 2º) y de 4 de febrero de 1994 (F. J. 2º), entre otras, sostienen la ausencia de necesidad de resolución judicial cuando se ha prestado el oportuno consentimiento para que los agentes actuantes accedieran al interior del domicilio y procedieran, posteriormente, al efectivo registro del mismo.

<sup>428</sup> ARAGONESES MARTÍNEZ, «El sumario (II)» en *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 368.

- d. Debe ser otorgado por el titular del domicilio.

**V. LAS PREVISIONES CONTENIDAS EN EL ART. 553 LECRIM.**

Al margen de los casos anteriores, esto es, la existencia de una resolución judicial que acuerde la entrada y el registro domiciliario o bien, previo consentimiento del titular del domicilio, se contempla la posibilidad de que tales actuaciones sean decididas y practicadas por la propia autoridad gubernativa en los casos expresamente previstos en el art. 553 LECrim.

*“Los agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido.*

*Del registro efectuado, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos.”*

**1. Supuestos contenidos en el art. 553 LECrim.**

El art. 553 LECrim prevé la posibilidad de que la limitación del derecho a la inviolabilidad domiciliaria pueda ser acordada por la autoridad gubernativa en los supuestos en que exista mandamiento de prisión, flagrancia delictiva, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los agentes de la autoridad, se oculte o

refugie en alguna casa<sup>429</sup>, o bien, tratándose de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el art. 384 bis LEcrim.

En el primero de los casos, se ha suscitado cierto debate doctrinal sobre las posibilidades que el mandamiento de prisión permite en relación con la entrada y el registro practicados por la autoridad gubernativa. Respecto del acceso en domicilio, se considerado que la exigencia de resolución judicial inserta en el art. 18.2 CE se satisface, a grandes rasgos, con el mandamiento de prisión acordado por un órgano judicial competente<sup>430</sup>. Sin embargo, la cuestión resulta más controvertida en cuanto a la viabilidad de los eventuales registros que se pudieran practicar, surgiendo el debate sobre si el mandamiento judicial de prisión comprende también la posibilidad de

---

<sup>429</sup> Sobre el caso de cuasiflagancia que el supuesto representa puede acudirse a CABEZUDO BAJO, *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, ob. cit., pp. 28 y 289; o bien a HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*, ob. cit., pp. 106 y ss., así como la doctrina allí citada.

<sup>430</sup> A modo de ejemplo, se traen a colación diversos posicionamientos: CABEZUDO BAJO, *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, ob. cit., p. 220, sostiene que la orden de prisión y detención judicial cumple con el requisito formal de resolución judicial exigido por el art. 18.2 CE pero no hace lo propio respecto del deber de motivación de las resoluciones judiciales, ni especialmente con los requisitos derivados del principio de proporcionalidad; FRANCO ARIAS, «La entrada en lugar cerrado», en *Justicia Revista de Derecho Procesal*, ob. cit., p. 598, consideró que tanto el mandamiento de prisión como la resolución judicial que ha dado lugar a su expedición, implícitamente conllevan el mandato y la autorización para penetrar, en caso necesario, en un domicilio; en cuyo caso la entrada queda justificada por la existencia de una autorización judicial previa. Por su parte, REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo: la suspensión individual de derechos y garantías*, ob. cit., pp. 308 y 309, entiende que el mandamiento de prisión suplente el juicio de necesidad y oportunidad de adoptar la medida si bien, ambos, mandamiento de prisión y orden de entrada domiciliaria, no pueden ser confundidos pues tienen una naturaleza diferente y afectan derechos y garantías diferentes. Más contundente resulta RODRÍGUEZ SOL, *Registro domiciliario y prueba ilícita*, ob. cit., p. 136, para quien las previsiones del art. 553 LEcrim no suponen una nueva excepción al art. 18.2 CE, pues la resolución judicial exigida en el mismo se corresponde con el auto de prisión.

Frente a lo anterior, entiende GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, «Entrada y registro en domicilio», en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, ob. cit., pp. 115 y ss., que si la resolución judicial que ordene la captura del sujeto no establece expresamente la posibilidad de restringir su derecho a la inviolabilidad domiciliaria, sólo debería entenderse autorizados a los agentes para penetrar en su vivienda si concurren razones de urgencia que impidan solicitar mandamiento judicial al efecto.

realizar un registro gubernativo<sup>431</sup>. En nuestra opinión, serán las específicas circunstancias que rodean la investigación criminal en curso las que determinen la legitimidad de la actuación. No compartimos la amplitud de criterio que manejan los citados autores respecto de la entrada en domicilio. Aun tratándose de posiciones más garantistas, como las expresadas por MARTÍN PALLÍN, hacer depender la constitucionalidad de la actuación policial de la forma y contenido del mandamiento de prisión resulta insuficiente, puesto que el contenido de dicha habilitación judicial autorizaría una previsible pesquisa general y la posterior intervención en cualquier domicilio, sito en el territorio nacional. Como afirmamos entre los contenidos que informan la adecuación de la resolución judicial a los postulados constitucionales que conforman la exigencia de motivación de los autos limitativos del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria se encuentra la determinación del espacio o espacios en que dicha medida se llevará a efecto. Y en este punto coincidimos con el criterio expresado por CABEZUDO BAJO<sup>432</sup>. Tampoco podemos compartir, y en este punto debemos ser tajantes, que dicho mandamiento de prisión autorice la entrada en el domicilio en que se oculte o refugie el sujeto perseguido. Habrá que estar a los indicios que arroja la investigación gubernativa sobre el paradero del sujeto referido, enmarcando tales resultados en supuestos de flagrancia o cuasiflagrancia delictiva, según los casos. Argumentar al respecto las mejores garantías que pueda aportar una resolución judicial desvinculada de la investigación sobre el paradero del sujeto perseguido, que no aporta más contenido que la mera autorización para intervenir, no olvidemos que de manera general, cualquier enclave en que se oculte o refugie el mismo, nos parece ciertamente falaz, otorgando una falsa apariencia de buen Derecho, a

---

<sup>431</sup> Algunos autores han considerado que si bien de la resolución judicial que ordena el mandamiento de prisión se puede inferir la posibilidad de acceder al domicilio, no cabría decir lo mismo respecto del eventual registro. Entre ellos, MARTÍN PALLÍN, «Perspectiva de futuro, la prueba y el Jurado», en *Estudios del Ministerio Fiscal*, Madrid, 1995, nº II, p. 518, entiende que en tales casos el derecho a la intimidad padecería doblemente; Asimismo, REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo: la suspensión individual de derechos y garantías*, ob. cit., pp. 308 y ss., ha sostenido la posibilidad de que una vez se ha ingresado en el domicilio, producida o no la detención, se ha de proceder al aseguramiento del recinto y posterior solicitud de la respectiva orden judicial para efectuar el registro; En contra de tal posibilidad se manifiesta RODRIGUEZ SOL, *Registro domiciliario y prueba ilícita*, ob. cit., p. 138, para quien sería posible realizar tanto la entrada como el posterior registro consecuencia de la previa detención de un sujeto contra el que existe un mandamiento de prisión, supeditando tal posibilidad a la existencia de éste último y no de una mera orden de detención. Según el autor, con ello se da cumplida satisfacción a la exigencia constitucional de resolución judicial previa.

<sup>432</sup> CABEZUDO BAJO, *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, ob. cit., p. 220.

una situación que a poco que se analice, resulta contraria a los postulados que informan la investigación criminal en un Estado Social y Democrático de Derecho. Por ello, proponemos descartar la constitucionalidad de tan amplia habilitación legal, estableciéndose que solo en los supuestos mencionados de flagrancia o cuasiflagrancia delictiva sea competente la autoridad gubernativa, para proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas. Si tales son nuestros posicionamientos respecto de la entrada en domicilio ajeno acordada en tales términos, puede advertirse con relativa facilidad la opinión que nos merece la oportunidad de practicar eventuales registros en tales circunstancias.

En cuanto al segundo de los supuestos, debemos acudir al art. 795.1.1 LEcrim para visualizar el concepto de flagrancia delictiva que el mismo establece, esto es, entendemos por delito flagrante, a los efectos del anterior precepto, el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durase o no se suspendiese mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él. Tal regulación se enmarca dentro de las normas pensadas para el procedimiento de enjuiciamiento rápido de determinados delitos, hecho por el cual algún autor ha sostenido la insuficiencia del concepto allí contenido<sup>433</sup>. Ya la STC 341/1993, de 18 de noviembre (F. J. 12º), que declaró inconstitucional el art. 21.2 de la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad

---

<sup>433</sup> Al respecto ARAGONESES MARTINEZ, «El sumario (II)», en *Derecho jurisdiccional III, Proceso Penal*, ob. cit., p. 372, sostiene que aunque dicho concepto es orientativo, no es suficiente para perfilar la flagrancia como presupuesto constitucional para la entrada y registro domiciliario por dos razones básicas: en primer lugar, porque la interpretación literal del precepto deja claro que ese concepto de flagrancia se dispone para determinar el ámbito objetivo de los juicios rápidos, no como concepto general de aplicación a otros fines; y en segundo lugar porque, como veremos a continuación, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han perfilado una definición de flagrancia, de corte restrictivo, en aras del máximo respeto posible al derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio.

Ciudadana<sup>434</sup>, definió la flagrancia como aquella situación fáctica en la que el delincuente es «sorprendido» -visto directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito, entendiendo que queda excusada la autorización judicial que acuerde la limitación del art. 18.2 CE, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención<sup>435</sup>.

Por último, el precepto permite la posibilidad de acordar la limitación del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria en los casos en que se trate la persecución de delitos cometidos por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes.

## **2. La diligencia de entrada y de registro domiciliario prevista frente a los delitos contenidos en el art. 384 bis LEcrim.**

Como ya afirmara REMOTTI CARBONELL nos encontramos ante un supuesto ajeno a la flagrancia citada en el epígrafe anterior, por cuanto ésta se encuentra expresamente prevista, con carácter ordinario, en el art. 18.2 CE, mientras que el análisis actual parte

---

<sup>434</sup> Art. 21.2. LOPSC: “A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante el conocimiento fundado por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito.”

<sup>435</sup> En idéntico sentido pueden verse las SSTs de 14 de marzo de 1994 (F. J. 2º), de 14 de abril de 1997 (F. J. 5º) y de 14 de enero de 2004 (F. J. 2º), entre otras. Asimismo, la STS de 20 de septiembre de 2006 (F. J. 6º), afirmó que la flagrancia se condiciona a la doble exigencia de que el delito sea directamente percibido por alguien mientras se halla en vía de ejecución y que, precisamente, la salvaguarda del bien jurídico en riesgo haga necesaria de una intervención inmediata sobre esa realidad en curso, aunque la misma tenga que darse en perjuicio de un derecho constitucional como el representado por la intimidad domiciliaria. Véase, STS de 30 de junio de 2010 (F. J. 2º).

de lo establecido, excepcionalmente, en el art. 55.2 CE<sup>436</sup>. Abordadas ya las anteriores premisas, toca ahora centrarnos en la suspensión prevista en el art. 55.2 CE frente a tales tipologías delictivas, a partir del análisis del correspondiente desarrollo orgánico contenido en el art. 553 LEcrim.

## 2.1. Presupuestos que sostienen las previsiones del art. 553 LEcrim.

Entre los presupuestos que informan la decisión gubernativa de limitar el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria encontramos la concurrencia de una excepcional o urgente necesidad, cuya presencia se convierte en requisito ineludible que fundamenta su adopción. Junto a ello, se ha de añadir la especialidad delictiva para la cual se prevén tales medidas, debiendo acudirse a las reglas generales que informan la práctica de la entrada y el registro en los casos en que no operasen tales premisas.

### a) *La consideración de los casos de excepcional o urgente necesidad.*

El art. 553 LEcrim permite la limitación del derecho a la inviolabilidad domiciliaria prescindiendo de la correspondiente resolución judicial en atención a los casos en los cuales concurra una excepcional o urgente necesidad<sup>437</sup>. En la citada STC 199/1987, de 16 de diciembre, el máximo Intérprete constitucional vino a referir tales parámetros al recordar que sólo, de forma excepcional, en supuestos absolutamente imprescindibles y en los que las circunstancias del caso no permitan la oportuna adopción previa de medidas por la autoridad judicial, por tener que procederse a la inmediata detención de

---

<sup>436</sup> Opina REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo: la suspensión individual de derechos y garantías*, ob. cit., p. 201, que la flagrancia brinda cobertura constitucional para los actos policiales de entrada y registro en circunstancias de inmediatez entre la comisión del hecho delictivo, la persecución del delincuente y la entrada en el domicilio, conformando, todo ello, un solo acto, por lo que la medida suspensiva prevista en el 55.2 CE ha de estar dirigida a otros supuestos diferentes. A su vez, puede acudirse a LAMARCA PÉREZ, *El tratamiento jurídico del terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 416; MATIA PORTILLA, *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 360; FERNÁNDEZ SEGADO, «La suspensión individual del ejercicio de derechos fundamentales», en *Revista de estudios políticos*, ob. cit., p. 165.

<sup>437</sup> Sostiene VÍRGALA FORURIA, «La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español», en *Revista española de derecho constitucional*, ob. cit., p. 109, que de acuerdo a la finalidad del art. 55.2 CE y a la STC 199/1987, ha de entenderse que estamos ante una «excepcional y urgente necesidad», ya que no se entiende qué excepcional necesidad no urgente puede obligar a la policía a actuar sin mandamiento judicial.



un presunto terrorista, es cuando podrá operar la excepción a la necesidad de previa autorización o mandato judicial. Sin embargo, como apuntó TERRADILLOS BASOCO<sup>438</sup>, mientras en la anterior resolución se refiere la presencia de tres premisas: 1) de forma excepcional, 2) en supuestos absolutamente imprescindibles y 3) caracterizados por la urgencia, en la redacción literal del art. 553 LEcrim encontramos que tales argumentos son reconducidos a los casos de excepcional o urgente necesidad.

Como excepciones que son, habrán de interpretarse restrictivamente a favor del derecho de la persona a no ver invadida su vivienda (STS de 27 de mayo de 1993 (F. J. 1.º)), configurándose la «excepcional y urgente necesidad» como presupuesto esencial de la suspensión de la garantía judicial prevista en el art. 55.2 CE, puesto que tan sólo “*en supuestos absolutamente imprescindibles*” procederá acordar tales medidas<sup>439</sup>. A su vez, se entiende que dicha necesidad viene presidida por la intención de asegurar la eficacia de la investigación, pues si se hubiera de esperar hasta que el órgano judicial competente se pronunciase al respecto, se restaría la codiciada eficacia en la investigación de tales delitos. Argumentos que revisten una menoscabada apariencia jurídica se enmarcan en razones de exclusiva política criminal, lo cual, quizás en el momento de su promulgación y posterior aplicación práctica pudo tener una justificación más o menos adecuada, dado la situación francamente convulsa que experimentó la Sociedad española como consecuencia de las estructuras y capacidades de diversas organizaciones de las calificadas terroristas, que venían actuando en el territorio de la Nación. Sin embargo, la situación en el momento actual dista mucho de aquella realidad, por lo que convendría desapoderar tales razones de política criminal, centrando el debate en un ámbito estrictamente jurídico.

Opinión que defendemos por varias razones. Entre ellas, en primer lugar porque el paradigma de investigación criminal ha cambiado de forma significativa, principalmente con ocasión del desarrollo tecnológico, así como debido a los cambios acaecidos en el modelo de organización criminal y, sobre todo, cambios relativos a su operatividad. Y

---

<sup>438</sup> TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y derecho: comentario a las leyes orgánicas 3 y 4 de reforma del Código Penal y de la ley de enjuiciamiento criminal*, ob. cit., p. 115.

<sup>439</sup> En tal sentido, afirma MATIA PORTILLA, *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, ob. cit., p. 130, que el criterio de necesidad se anuda a la suspensión prevista constitucionalmente, y ello, según el autor, se deduce en base a la necesidad de una inmediata detención en función de la cual se hace absolutamente imprescindible la adopción directa de la medida (STC 199/1987, de 16 de diciembre (F. J. 9º)).

en segundo lugar, la pretendida pérdida de eficacia en la investigación criminal no puede continuar siendo, eternamente, causa que justifique la subsistencia de un régimen de excepcionalidad, cuando los motivos que fundamentaron su configuración han decaído notablemente. A tal fin, la eficacia en la actuación de los operadores que intervienen en la persecución de los delitos de terrorismo, está fuera de toda duda, sin que habilitaciones de dudosa constitucionalidad, como la que aquí se contempla, propicien en la actualidad, un significativo incremento de la referida eficacia en la investigación criminal.

Vistas las anteriores impresiones respecto de la regulación vigente, la urgente necesidad viene caracterizada por la imposibilidad de recabar la decisión judicial previa, lo cual constituye una excepción a las reglas generales previstas en el art. 18.2 CE<sup>440</sup>. Sin embargo, se echa en falta la mención expresa a factores de garantía que contribuyesen a disminuir el riesgo de arbitrariedad a la hora de acoger tales medidas. Dada la amplia discrecionalidad que se viene concediendo a la autoridad gubernativa para decidir cuándo nos encontramos ante situaciones de excepcional y urgente necesidad, la mera comunicación al órgano judicial competente donde se justifique la práctica del registro, con expresa mención, entre otras, de las detenciones que se hubieran podido realizar, devendría insuficiente para responder a las demandas que el principio de proporcionalidad y la obligada motivación de las medidas limitativas de derechos fundamentales conllevan. La exigencia de justificación debería predicarse respecto de todo aquel *itinere* que nos ha conducido a la práctica de la diligencia y más aún, respecto de aquellos motivos de excepcional y urgente necesidad. Tal exigencia no debería ser entendida como una mera transmisión de los resultados ya obtenidos, por más que se justificase el simple registro, pues en tal caso, se podría llegar pensar que el control judicial quedaría circunscrito a valorar la adecuación a Derecho de tales resultados.

*b) La especialidad delictiva prevista en el art. 384 bis LEcrim.*

Las actuaciones que el art. 553 LEcrim posibilita vienen referidas exclusivamente a una determinada tipología delictiva, esto es, aquellos supuestos contenidos en el art. 384 bis

---

<sup>440</sup> VÍRGALA FORURIA, «La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español», en *Revista española de derecho constitucional*, ob. cit., p. 109.

LEcrim, delitos cometidos por personas integradas o relacionadas con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, por lo que en aplicación del citado precepto sólo respecto de tales categorías podrá predicarse la invasión domiciliaria al margen de lo establecido en el art. 18.2 CE.

## 2.2. Ámbito espacial susceptible de entrada y de registro.

Tal y como señala el art. 553 LEcrim, los agentes de policía podrán acceder a domicilio ajeno, cualquiera que éste fuese, siempre y cuando en el mismo se ocultasen o refugiasen los sujetos sospechosos, al objeto de practicar la oportuna detención de aquellos. Se permite la entrada en domicilio con independencia de que el titular del mismo sea persona diferente al presunto responsable, esto es, que se trate del domicilio de éste o de un tercero ajeno, siempre que dicho sujeto se encuentre en el interior del citado domicilio<sup>441</sup>. La norma ha servido al propósito implícito en la misma: desarticular e intervenir el potencial entramado y respaldo social que pueda tener el sujeto investigado o la propia organización en que el mismo se inserte.

La pregunta que cabe volver a formular es la siguiente, ¿en base a qué informaciones o actuaciones se tiene conocimiento de la presencia del sujeto investigado en el domicilio concreto que se pretende intervenir? Y una vez consideradas, quizás convendría incardinar las actuaciones realizadas en supuestos habilitantes permitidos por la norma constitucional.

De otro lado, LAMARCA PÉREZ ha sostenido que los domicilios susceptibles de intervención podrían ser potencialmente todos sin excepción, si se acepta, partiendo de la individualización que el art. 55.2 CE exige, que sólo un órgano judicial puede realizar tal individualización con plenas garantías<sup>442</sup>. Al respecto, se ha de advertir, que si bien dicha individualización opera con plenas garantías cuando viene realizada por un órgano judicial, dada la materia excepcional que nos ocupa, ésta debería de partir de la consideración de los oportunos indicios que fundamenten la oportunidad de la medida, esto es, aquellos indicios, racionales y objetivos, que conecten a un determinado sujeto

---

<sup>441</sup> En tal sentido, MATIA PORTILLA, *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, ob. cit., p. 393; VÍRGALA FORURIA, «La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español», en *Revista española de derecho constitucional*, ob. cit., p. 108.

<sup>442</sup> LAMARCA PÉREZ, *El tratamiento jurídico del terrorismo*, ob. cit., p.416.

con los hechos delictivos que se vienen investigando. De tales indicios se ha de poder deducir una conexión entre el anterior sujeto y el domicilio a intervenir<sup>443</sup>.

Dicho esto, la afectación ya no se debería predicar respecto de cualquier lugar o domicilio sino tan sólo respecto de aquellos de los que se pudiera inferir dicha conexión persona-lugar, persona-hechos delictivos investigados o hechos delictivos investigados-lugar. A su vez, de todo lo anterior, se deberá dar cuenta al órgano judicial competente quien valorará, *a posteriori*, la suficiencia de tales extremos. Por tanto, si la conexión indiciaria funciona correctamente, junto a un adecuado control judicial, aun ulterior, la posibilidad de afectación potencial de todos los domicilios sin excepción se podría llegar a reducir notablemente, aunque debemos convenir con LAMARCA PÉREZ en que, a tenor de la regulación actual, tales interpretaciones resultan francamente posibles.

### 2.3. El objeto de la intervención domiciliaria.

Como sabemos, con el propósito de proceder a la inmediata detención de un sujeto presuntamente responsable de los delitos más arriba mencionados, se permite la restricción del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria sin que medien los presupuestos habilitantes previstos en el art. 18.2 CE. Una vez concretada aquella excepcional y urgente necesidad a que hicimos referencia, se pretende acceder al lugar en el cual se sospecha, fundadamente, se encuentra dicho sujeto, pudiendo ocurrir que:

- No se obtenga resultado alguno.

Cabría preguntarse por la suficiencia de los indicios de conexión de que se disponía, si bien, pudiera ocurrir que la detención aun intentada se hubiera frustrado, en cuyo caso procedería practicar el registro, según los casos, a tenor de las circunstancias concurrentes que denoten la citada necesidad del mismo.

- Una vez se haya ingresado en el domicilio, se proceda a la detención del sujeto, y posteriormente se pudiera revelar la necesidad del registro.

---

<sup>443</sup> Aunque también podría darse el caso que dicha conexión opere entre los referidos hechos delictivos y el domicilio en cuestión.

Se accede al interior del domicilio con la finalidad de detener a un sujeto sospechoso por causa de terrorismo, y una vez en su interior, se efectúa su detención (se accede y detiene pero no se evidencian los presupuestos que legitiman el registro policial).

De otro lado, podría ocurrir que practicada la detención se revela necesario proceder a registrar el interior del domicilio. En tal sentido, señala ZAMARRIEGO FERNÁNDEZ, trayendo a colación la citada STC 199/1987, de 16 de diciembre, que sólo se permite la entrada en un domicilio sin previa autorización judicial, para efectuar una inmediata detención, y con ocasión de ella, proceder al registro y ocupación de los instrumentos y los efectos relacionados con las actividades terroristas, si bien hace depender el registro del hecho de que la detención se verifique<sup>444</sup>. Con ello, en efecto, parece que se concediera, eventualmente, cierta efectividad al principio de contradicción, mediante la autodefensa, por cuanto estando presente el sujeto investigado en el momento de las actuaciones, no asistido de letrado dado el supuesto de hecho que planteamos, podrá alegar lo que a su derecho mejor convenga, respecto de los resultados que vayan obteniéndose en el registro. No sin reticencias. Lo cual indudablemente será siempre mejor que no contar con tal posibilidad, disponiéndose que los resultados se incorporen al correspondiente atestado policial. Sin embargo, pueden llegar a existir casos en los cuales no se verifique detención alguna y, por el contrario, resulte necesario, observadas las formalidades exigidas, efectuar el registro del domicilio. Admitiendo la opinión del autor, la cuestión radicaría entonces en que si la finalidad de detener se frustra, la diligencia de registro perdería todo significado. En nuestra opinión, lo que el art. 553 LEcrim exige es la primaria finalidad de detención del sujeto sospechoso no que la misma sea efectiva. La decisión gubernativa de intervenir el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria implica una facultad de acceso al interior del domicilio con la finalidad de detener a los sujetos sospechosos. Mientras que la posibilidad de registrar, se efectúe o no la detención, no debería ser traída, en todo caso, a partir de la efectividad de la detención, pues como se ha puesto de manifiesto, será la valoración de las circunstancias concurrentes, consideradas a partir de la citada necesidad que ha de presidir tales actuaciones, quienes aconsejarán la práctica del registro.

---

<sup>444</sup> ZAMARRIEGO FERNÁNDEZ, «Régimen de la inviolabilidad del domicilio», en *Comentarios a la Legislación Penal, La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión*, ob. cit., pp. 487 y 490.

- Se registre con la finalidad de detener al sujeto sospechoso, asegurándose los efectos o instrumentos del delito.

La cuestión es notoria, accediendo al interior del domicilio donde se presume objetivamente se encuentra el sujeto sospechoso, se hace necesario el registro con la finalidad de detener al mismo. El ejemplo no plantea demasiadas dudas, pues se trataría de registros incidentales a las entradas que persiguen la detención de los citados responsables, con la consiguiente ocupación de los efectos e instrumentos que guarden relación con el delito perseguido<sup>445</sup>.

- Se registre con una finalidad exclusivamente investigadora, esto es, se accede al domicilio no con la finalidad de detener sino al objeto de practicar el oportuno registro a fin de facilitar las investigaciones que se vienen desarrollando.

Detengámonos en este último supuesto trayendo a colación la opinión de REMOTTI CARBONELL. Según el autor, procedería practicar dicho registro siempre y cuando existan elementos racionales que permitan considerar que en determinado domicilio se encuentran pruebas o elementos referidos a la participación o comisión de un delito de terrorismo, así como circunstancias de urgencia tales que hagan prever que esperar a la orden del juez puede desencadenar su destrucción o desaparición<sup>446</sup>. Si bien es cierto que el autor detrae tales conclusiones del art. 55.2 CE y no del art. 553 LEcrim, como seguidamente se encarga de matizar, observando la obligación de inmediata o simultánea comunicación al juez competente, tanto respecto de la adopción de la medida como de su justificación. Al respecto, la posibilidad de que la autoridad gubernativa pueda practicar un registro con una finalidad exclusivamente investigadora en base a lo establecido en el art. 553 LEcrim, se encuentra ciertamente vedada<sup>447</sup>, a no

<sup>445</sup> MATIA PORTILLA, *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, ob. cit., p. 392.

<sup>446</sup> REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo: la suspensión individual de derechos y garantías*, ob. cit., p. 207.

<sup>447</sup> En sentido similar se expresa VÍRGALA FORURIA, «La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español», en *Revista española de derecho constitucional*, ob. cit., p. 107, al entender que la suspensión del art. 18.2 debe tener como único objetivo la detención de una o varias personas, por lo que no sería correcta la entrada en domicilio con el ánimo exclusivo de buscar efectos o instrumentos utilizados por personas involucradas en actividades delictivas terroristas, aunque la policía tenga la absoluta certeza de que tales efectos se encuentran en dicho lugar, ya que es necesario, como presupuesto fundamental para la entrada, una sospecha racional de que en tal domicilio se encuentra un presunto responsable de tales acciones.

ser que de la afirmación “*con ocasión de aquella*”, debamos entender que se hace referencia a los casos de excepcional y urgente necesidad y no al hecho mismo de la finalidad de detención, lo cual obviamente resultaría un despropósito.

De esta forma, en virtud del citado precepto, sólo se podría acceder y/o registrar el interior de un domicilio en los casos en que no medien los supuestos contenidos en el art. 18.2 CE, cuando en presencia de una excepcional y urgente necesidad que permite la ausencia de resolución judicial al efecto, la finalidad de dichas actuaciones sea, precisamente, la inmediata detención de sujetos sospechosos respecto de los mencionados delitos. Como afirma FERNÁNDEZ SEGADO<sup>448</sup> la suspensión de la inviolabilidad domiciliaria se conecta con la detención de los presuntos responsables de las acciones delictivas antes mencionadas.

El art. 553 LEcrim impondría descartar las posibles entradas en domicilio por tales causas con la única finalidad de registrar, aun cuando de ello, se evidencie la citada necesidad de proceder al registro. No será en base a tal precepto que se puedan acoger tales premisas. Cuestión distinta, sería que se pretendiese partir de lo establecido en el art. 55.2 CE para proceder al acceso a domicilio con la finalidad de registrar, tal y como mantiene el citado autor<sup>449</sup>, pues tras sostener la posibilidad de que en base al art. 55.2 CE se pueda acceder y registrar el interior de un domicilio con una finalidad investigadora, rodea dicha posibilidad de toda una serie de garantías, tales como:

- La presencia de elementos racionales que denoten la existencia de pruebas en el domicilio de que se trate.
- La concurrencia de circunstancias urgentes.
- La inmediata o simultánea comunicación al juez competente.

Sin embargo, del propio contenido del art. 55.2 CE podemos deducir que será una Ley Orgánica quien determinará la forma y los casos en que el derecho reconocido en el art. 18.2 CE podrá ser suspendido. Por tanto, siguiendo las premisas que se vienen manteniendo, tales casos y formas son los contenidos en el art. 553 LEcrim, por lo que,

---

<sup>448</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, «La suspensión individual del ejercicio de derechos fundamentales», en *Revista de estudios políticos*, ob. cit., p. 164.

<sup>449</sup> REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo: la suspensión individual de derechos y garantías*, ob. cit., p. 208.

en nuestra opinión, no debería ser posible efectuar un registro policial con una finalidad exclusivamente investigadora en los supuestos excepcionales del art. 553 LEcrim. En tales casos, se habría de acudir a los presupuestos habilitantes previstos en el art. 18.2 CE para proceder a la práctica de las actuaciones allí contenidas.

En resumen, podemos concluir afirmando que el orden secuencial respecto de las actuaciones previstas en el art. 553 LEcrim es el que sigue: en primer lugar, tras acuciar una excepcional y urgente necesidad, se advierte el acceso en domicilio ajeno, cuya finalidad se residencia en la práctica de una detención. Tras el acceso puede ocurrir que:

- Se detenga, y no se registre
- Se detenga y resulte necesario registrar.
- No se detenga, en un principio, pero sin embargo se evidencia la necesidad de registrar con la finalidad de detener.
- La detención se ha frustrado pero se hace imprescindible el registro.
- Ni se detenga ni se registre.

Al margen ha de quedar entonces, la posibilidad de decidir gubernativamente el acceso a un domicilio con la mera finalidad de registrar su interior, pues tal invasión domiciliaria, tan sólo podría llevarse a efecto partiendo de lo establecido en el art. 18.2 CE.

#### 2.4. La determinación de los órganos gubernativos competentes para acordar la limitación del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria.

Como ya quedara apuntado en epígrafes anteriores, la competencia judicial tanto para decidir la entrada y el registro domiciliario, como para efectuar el oportuno control judicial posterior a la efectividad de las actuaciones acordadas por la autoridad gubernativa, en los supuestos delictivos que venimos tratando, se residencia en los Juzgados Centrales de Instrucción (art. 88 LOPJ y 14.2 LEcrim), a tenor de lo establecido en la Disposición Transitoria de la LO 4/1988 de 25 de mayo.

Resta por dilucidar la determinación de los órganos gubernativos con competencia para autorizar la práctica de dichas actuaciones en los términos establecidos en el art. 553 LEcrim, resultando que, tal y como se desprende del contenido del citado precepto, en principio, se reconoce competencia a los agentes de policía para proceder, *de propria*



*autoridad*, a adoptar las medidas allí previstas<sup>450</sup>. Ahora bien, ¿significa esto que cualquier agente de policía podría, sin mediar resolución judicial al efecto, acordar la entrada y el registro domiciliario, por su mera autoridad? La respuesta entendemos que ha de ser negativa por más que del precepto se pudieran derivar tales interpretaciones.

En efecto, como ya hemos afirmado, se reconoce un margen de discrecionalidad a la autoridad gubernativa para decidir cuándo concurren las anteriores notas de excepcional y urgente necesidad, si bien de ello, no podemos deducir una competencia generalizada en la materia de todos y cada uno de los agentes de policía que integran las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Vaya por delante, discrecionalidad que posteriormente habrá de ser concretada y justificada a presencia judicial, en primer lugar, y frente al sujeto investigado, en segundo lugar, a riesgo de que se declare la nulidad de las actuaciones en caso contrario. Como afirmara REMOTTI CARBONELL, teniendo en cuenta la condición de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que actúan bajo la dependencia de la autoridad correspondiente en el desempeño de sus funciones policiales, no sería adecuado considerar que los agentes de policía pudieran decidir tales extremos *motu proprio*<sup>451</sup>. Sostiene el citado autor, la obligación de recabar autorización previa de la autoridad gubernativa de la cual dependan los agentes de policía, abriéndose las siguientes posibilidades:

- Si se tratase de miembros integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno deberá entenderse como autoridad, a los efectos de esta medida, el Ministro del Interior, o en su defecto, el Director General de Seguridad del Estado, el Delegado del Gobierno en cada Comunidad Autónoma o, en su caso, el Subdelegado del Gobierno en el ámbito provincial.
- Respecto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de ámbito autonómico deberá considerarse a los Consejeros de Interior o Gobernación, al Director de la Seguridad de la respectiva Comunidad Autónoma, o a los delegados de los respectivos Gobiernos previo reconocimiento de competencia.

---

<sup>450</sup> En tal sentido, MATIA PORTILLA, *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, ob. cit., p. 390. En contra de tal posibilidad se manifiesta REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo: la suspensión individual de derechos y garantías*, ob. cit., p. 310, cuando sostiene la inconstitucionalidad del precepto precisamente por habilitar en forma expresa y directa, a dichos agentes de policía para poder materializar, por su propia autoridad, el registro domiciliario.

<sup>451</sup> REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo: la suspensión individual de derechos y garantías*, ob. cit., pp. 203 y 204

En cuanto a la primera de las propuestas, esto es, la posibilidad de que los agentes de policía integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de ámbito nacional, deban recabar autorización gubernativa previa a la intromisión domiciliaria del Ministro del Interior o, en su defecto, del Director General de Seguridad del Estado, lo cual dicho sea de paso, es la misma solución que se ha previsto en la citada Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, respecto de la intervención de comunicaciones, se puede precisar algún aspecto. Sin embargo, las consecuencias de tal atribución en materia de inviolabilidad domiciliaria, no tendrían el alcance previsto respecto de la intervención de comunicaciones. En la primera medida cautelar el carácter urgente se manifestaría en términos más inmediatos que en la segunda. Mientras las actuaciones previstas en el art. 553 LEcrim tienen como finalidad la inmediata detención de un sujeto, dicha finalidad acuciante no se deriva de la urgente intervención de comunicaciones, que al margen de una posible finalidad probatoria, compone su objeto a partir de una actividad eminentemente investigadora orientada a la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas, elementos terroristas o rebeldes (art. 579.4 LEcrim).

Obviamente, de dichas tareas de investigación se podría derivar una ulterior detención, si bien, de ello no es posible deducir la inmediatez de su práctica. Cuestión distinta sería sopesar la posibilidad de atribuir tal competencia a los correspondientes Delegados o Subdelegados del Gobierno en sus ámbitos correspondientes o incluso valorar el segundo supuesto referido a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de ámbito autonómico, donde los obstáculos presentes en el primer supuesto tendrían una menor virtualidad.

Sin embargo, dado el carácter urgente que se deriva de la necesidad de proceder a realizar tales actuaciones, podemos concluir la mejor adecuación, como sostuvo LAMARCA PÉREZ, del jefe de la unidad u oficina policial que dirija las operaciones de investigación<sup>452</sup>, por cuanto con tal atribución se reduce la generalidad mencionada, esto es, se individualiza la competencia para acordar la limitación en tales términos; no se afectaría la pretendida eficacia en la investigación, pues será el órgano gubernativo

---

<sup>452</sup> LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, ob. cit., p. 417. En el mismo sentido, ZAMARRIEGO FERNÁNDEZ, «Régimen de la inviolabilidad del domicilio», en *Comentarios a la Legislación Penal, La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión*, ob. cit., p. 491; VÍRGALA FORURIA, «La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español», en *Revista española de derecho constitucional*, ob. cit., p.111.

director de la misma, quien autorice la medida. A su vez, se atendería el citado carácter urgente que informa la necesidad de practicar la medida, presupuesto de las actuaciones contenidas en el art. 553 LEcrim.

## 2.5. Cuestiones de procedimiento relativas a las actuaciones previstas en el art. 553 LEcrim.

Trayendo a colación lo anteriormente apuntado, las actuaciones que el art. 553 LEcrim permite en materia de entradas y de registros domiciliarios deberían observar aquellas normas de procedimiento que fueran compatibles con la excepcionalidad de la medida. La lógica se ha de imponer, difícilmente se podrá exigir la presencia del secretario judicial en las actuaciones, por cuanto nos encontramos ante una decisión gubernativa motivada por la urgente necesidad de su práctica. Sin embargo, se deberían satisfacerse todas aquellas cuestiones de procedimiento que no fueran incompatibles con la específica intervención de que se trate (art. 553 LEcrim).

### *a) La forma de notificar las actuaciones gubernativas al titular del domicilio.*

En aquellos casos en que la entrada domiciliaria tuviera carácter gubernativo por causa de terrorismo, dada la mencionada necesidad que informa la medida, parece razonable que se permitiera que dicha comunicación al sujeto afectado se produjera de forma verbal<sup>453</sup>. Sin embargo, no han faltado autores que han sostenido precisamente lo contrario. Al respecto, LAMARCA PÉREZ entiende que los agentes deberán ir provistos de una orden formal y escrita que, para guardar una cierta analogía con el auto judicial, habrá de estar mínimamente fundada y expresar, de modo concreto, el domicilio afectado, si la entrada tendrá lugar tan sólo de día, y los funcionarios que hayan de practicar la diligencia. Sin esa orden, la actuación administrativa se transformaría, en opinión de la autora, en vía de hecho<sup>454</sup>.

Tales loables argumentos permitirían aminorar los posibles efectos nocivos que pudieran acarrear eventuales intervenciones gubernativas arbitrarias, dotándolas no sólo en apariencia, de las exigencias requeridas para las resoluciones judiciales afectantes del

---

<sup>453</sup> Sobre la posibilidad de que la comunicación pueda producirse verbalmente se ha pronunciado GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 411.

<sup>454</sup> LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, ob. cit., p. 417.

derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Ahora bien, si las circunstancias concurrentes han permitido la redacción de tal orden en los términos expresados, bien podrían decaer los motivos que justifican la excepción de la garantía judicial, esto es, la concurrencia de aquella urgente necesidad que permite prescindir de la intervención judicial al respecto<sup>455</sup>.

*b) La obligación gubernativa de comunicación inmediata al órgano judicial competente.*

El art. 553 LEcrim establece la obligación de comunicar al órgano judicial competente, en estos casos Juzgados Centrales de Instrucción, tanto el hecho del registro, las causas que lo motivaron como los resultados obtenidos a partir del mismo. Igualmente, se ha de poner en conocimiento de la autoridad judicial las posibles detenciones que se hubieran realizado, los sujetos intervinientes en las actuaciones y los eventuales incidentes ocurridos.

Dicho lo anterior, podemos deducir algunas consideraciones que avalan lo anteriormente apuntado respecto del carácter circunstancial del registro. La obligación que el precepto impone de justificar las causas que motivaron la decisión de registrar, sostiene que el registro no será imprescindible, en todo caso, sino previa valoración gubernativa de las circunstancias que aconsejen la necesidad de su práctica en los términos expresados. Asimismo, la exigencia de indicación de las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos, confirma las menciones antes expuestas acerca de la obligada observancia de los requisitos de procedimiento que fueran compatibles con la excepcionalidad de las actuaciones.

De otro lado, los parámetros temporales dentro de los que el precepto se mueve dejan sentado la inmediatez con que se requiere dicha comunicación. La comunicación se habrá de practicar sin tardanza, en seguida, o bien de forma simultánea a la realización de las actuaciones<sup>456</sup>, por cuanto de esta manera se posibilita, si bien de forma posterior, un adecuado control judicial. Véase que una vez se accede al interior del domicilio,

---

<sup>455</sup> En sentido similar se manifiestan MATIA PORTILLA, *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, ob. cit., p. 390 y VÍRGALA FORURIA, «La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español», en *Revista española de derecho constitucional*, ob. cit., pp. 110 y 111.

<sup>456</sup> REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo: la suspensión individual de derechos y garantías*, ob. cit., p. 206.

detenido el sujeto, y practicándose el registro, durante todo ese intervalo de tiempo se debería haber podido realizar la comunicación al juez competente, por cuanto las razones de urgente necesidad van decreciendo a medida que se sucede el orden secuencial de las actuaciones. En efecto, una vez detenido el sujeto, generalmente, la urgente necesidad debería aminorar, y por tanto, la autoridad gubernativa podría poner en conocimiento del órgano judicial competente su intención de registrar el interior del domicilio, para que fuera éste y no aquéllos quien decidiera su práctica.

Ahora bien, ciertamente podría ocurrir que dicha necesidad no decayese, persistiendo tras la detención del sujeto y/o durante la práctica del registro. Aun en tales casos, dicha comunicación habrá de ser inmediata, desde el mismo instante en que la urgente actuación deviene menos necesaria, pues llegado tal momento no habría ningún inconveniente en suspender la práctica del registro hasta que el órgano judicial competente se pronuncie al respecto.

De otro lado, sin embargo, no define el precepto quién habrá de llevar a cabo tal comunicación, remitiéndose a la afirmación que sigue: “*se dará cuenta inmediata al juez competente.*” ¿Quién debemos entender que debe dar cuenta al juez competente? Las opciones son varias, desde los agentes de policía que efectuaron el operativo, o el jefe de la unidad que hubiera podido acordar las actuaciones, hasta como se recogía en la legislación anterior, el propio Ministro del Interior, o en su defecto, el Director de Seguridad del Estado. Vaya por delante que lo esencial es que la comunicación misma se produzca, de manera efectiva e inmediata, con expresa mención de los contenidos antes mencionados, si bien, una precisa determinación del obligado legalmente a realizar la puesta en conocimiento judicial, en términos de inmediatez, refuerza tanto la obligación de comunicar como el citado carácter.

El mandato de inmediatez que señala el precepto nos obliga a descartar la posibilidad de que tanto el Ministro del Interior, o en su defecto, el Director de Seguridad del Estado, asuman dicha obligación. Dadas las premisas que el precepto impone, la mejor comunicación que ha de recibir el órgano judicial competente debiera provenir de quien tenga un conocimiento directo de las actuaciones efectuadas. Por ello, se sostiene la adecuación competencial de los agentes de policía encargados de realizar las medidas limitativas, y más en concreto, del agente instructor, esto es, aquel encargado de la instrucción policial de tales diligencias. Todo ello, en base a la consideración de que los

agentes de policía, y en particular, el agente instructor, tienen un contacto directo con la situación, lo que a su vez les faculta para ser quien primeramente pueda valorar cuándo la urgente necesidad empieza a decaer. Otra opción, perfectamente factible, sería residenciar tal comunicación entre las obligaciones que competen al citado jefe de unidad de quien los anteriores agentes dependan, si bien, en aras de maximizar la inmediatez requerida por la Ley Procesal, se prefiere la primera solución apuntada.

*c) Forma que adopta la inmediata comunicación gubernativa al órgano judicial competente.*

El art. 553 LEcrim no establece la forma en que la obligada comunicación al órgano judicial competente ha de ser efectuada, por lo que tendremos que acudir a los arts. 292 y ss. de la LEcrim para dilucidar tales cuestiones.

En efecto, partiendo de las premisas establecidas en tales preceptos, la exigencia de comunicación al órgano judicial de las diligencias practicadas acoge dos posibilidades, esto es, o bien tal comunicación se realiza mediante atestado policial, o bien, acogiéndonos al contenido del art. 294 LEcrim, mediante una relación verbal circunstanciada. Vista la inmediatez que se ha de predicar en la comunicación gubernativa al órgano judicial competente, la mejor opción sería acoger aquella comunicación efectuada verbalmente, como de hecho viene ocurriendo en la práctica policial, donde se opta por la rapidez que proporciona la comunicación verbal, normalmente telefónica, al órgano judicial competente. Todo ello, sin perjuicio de que posteriormente se documenten las actuaciones.

## 2.6. La necesaria intervención judicial.

Como se advirtió anteriormente, el art. 18.2 CE tras reconocer el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, prevé posibles limitaciones al mismo en los casos en que medie consentimiento del titular del domicilio, flagrante delito o resolución judicial al efecto. La intervención judicial previa se torna entonces en garantía del propio derecho fundamental, afectándose dicha garantía a partir de la suspensión prevista en el art. 55.2 CE. Al respecto, afirma la citada STC 199/1987, de 16 de diciembre, que *la única intervención judicial efectiva, en principio, es aquella que se adopta antes de la penetración en el domicilio, puesto que la intervención a posteriori se produciría una*

vez realizada la penetración en el domicilio, y no evitaría en ningún caso el sacrificio del derecho fundamental.” Por ello, hemos de entender que la suspensión prevista en el art. 55.2 CE, continúa la anterior resolución, *“habilita al legislador a modular la intervención judicial en la entrada y registro de domicilio, pero no a suprimirla de raíz. El legislador ha de poner en concordancia, (...) la efectividad de la suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio y la necesaria intervención judicial, dicho en otros términos ha de asegurar una suficiente intervención judicial, en lo posible previa, que sea compatible con la suspensión de ese derecho.”* Ciertamente, mientras la intervención judicial previa a la limitación del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria tendría un marcado carácter protector respecto del citado derecho<sup>457</sup>, en los casos en que se produjera la intervención judicial en un momento posterior, aun cuando no se evita la vulneración efectuada por una arbitraria limitación, bien podría tener un carácter netamente reparador, descartándose la legitimidad de las pruebas obtenidas por esta vía, y si procede, exigiendo las oportunas responsabilidades.

De otro lado, sostuvo la citada STC 199/1987, respecto del art. 16 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, cuyas valoraciones serían aplicables al caso que nos ocupa, que aun cuando la intervención judicial se prevea con posterioridad a la efectividad de la medida, de ello no se deduciría que dicha intervención judicial haya de ser entendida como una mera recepción de información, pues *“una mera información gubernativa al juez no puede asimilarse a una intervención judicial. Sin embargo, como ya se ha dicho, del precepto no se deduce limitación alguna de las facultades judiciales al respecto, sino una obligación de la autoridad gubernativa de puesta en conocimiento, la cual en cada caso será a los efectos pertinentes, conservando siempre el juez todas las facultades que el ordenamiento le reconoce para adoptar las medidas y decisiones que estime pertinentes al respecto. Y, desde luego, en relación con los casos excepcionales de detención inmediata, le corresponderá verificar si las circunstancias*

---

<sup>457</sup> Como afirma GÓMEZ COLOMER, «Concreciones en torno al registro domiciliario en el proceso penal español», en *Revista de Derecho procesal*, 1993, nº 13, p. 572, trayendo a colación la STC 160/1991, de 18 de julio, la intervención judicial, no dándose el consentimiento del titular, ni tratándose de un delito flagrante, es de carácter preventivo, destinada a proteger el derecho a la inviolabilidad del domicilio, y no a reparar su violación cuando se produzca.

*del caso han justificado la penetración en el domicilio sin la previa autorización judicial.”*<sup>458</sup>

Veamos entonces cómo se articula la necesaria intervención judicial en los supuestos planteados, debiendo diferenciar para ello, como se ha venido haciendo a lo largo del presente trabajo, las diversas actuaciones que la entrada y el registro permiten considerar.

En el caso de mera entrada con la finalidad de detención, el necesario control judicial se ha de postergar a la efectividad de la medida, esto es, dada la excepcional y urgente necesidad concurrente en tales supuestos, el control judicial no operará sino con posterioridad al efectivo acceso y posible detención de los sujetos sospechosos. En el caso de los eventuales registros que se pudieran practicar, la determinación de la inmediatez que se requiere respecto de la comunicación al órgano judicial competente exige tomar en consideración las circunstancias concurrentes, planteándose la posibilidad de que una vez se haya accedido al domicilio, y procedido si es posible, a detener a los sujetos sospechosos, la urgente necesidad de practicar el registro sin la necesaria intervención judicial pudiera decaer. En tales situaciones, la intervención judicial debiera ser anterior o bien simultánea a la práctica del registro, pues se debe posibilitar que éste pueda decidir sobre los extremos del registro, precisamente por la ausencia del presupuesto habilitante esencial que legitima la intervención gubernativa, esto es, la excepcional y urgente necesidad. Todo ello, sin perjuicio de que los agentes de policía decidan adoptar, momentáneamente, las oportunas medidas contempladas en el art. 567 LEcrim.

En efecto, una vez se procede al ingreso en domicilio y ulterior detención del sujeto sospechoso, la autoridad gubernativa procede a comunicar tales actuaciones al órgano judicial competente para que sea éste quien decida sobre la procedencia del registro,

---

<sup>458</sup>Aun cuando, como señala FIGUEROA NAVARRO, *Aspectos de la protección del domicilio en el derecho español*, Edisofer, Madrid, 1998, p. 217, el control judicial sea posterior, no se limita a la mera recepción de información, como podría, a su vez, desprenderse de lo previsto en el art. 553 LEcrim: “*del registro efectuado... se dará cuenta inmediata al juez competente.*” Asimismo, FERNÁNDEZ SEGADO, «La suspensión individual del ejercicio de derechos fundamentales», en *Revista de estudios políticos*, ob. cit., p. 166, se muestra partidario de tales premisas, si bien, entiende que falta algún mecanismo que posibilite la intervención judicial posterior, como parece obvio, pero de resultas de la cual el juez pueda ser algo más que un mero receptor de una comunicación gubernativa.



rodeando su práctica de las garantías, que aun escasas, previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Asimismo, la posibilidad de que la urgente necesidad pudiera decaer es un hecho, más factible aún, si se considera que, normalmente, los agentes que realizaron la entrada y detención no coincidirán con aquellos agentes encargados de practicar el oportuno registro, caso de que fuera acordado, por cuanto estos últimos se integran en grupos especializados de policía científica. Cuestión distinta a la anterior, sería considerar que dicha necesidad persiste tras las primeras actuaciones. En tales casos, no queda sino reconocer que la intervención judicial ha de ser, al igual que en el primer supuesto, posterior a la efectividad del registro.

## **CAPÍTULO QUINTO:**

### **LA SUSPENSIÓN PREVISTA RESPECTO DEL CONTENIDO DEL ART. 18.3 CE**

## SUMARIO

### **I. INTRODUCCIÓN.**

1. Aspectos generales que informan el derecho al secreto de las comunicaciones; 2. Parámetros que informan la legitimidad constitucional de la medida limitativa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

### **II. LAS PREVISIONES CONTENIDAS EN EL APARTADO TERCERO DEL ART. 579 LECRIM .**

1. Ámbito de aplicación: 1.1. La obligada presencia de suficientes indicios de responsabilidad criminal: a) Concepto de indicios de responsabilidad criminal; b) El carácter objetivo de los indicios de responsabilidad criminal; 1.2. La observación de comunicaciones instrumentales; 2. Cuestiones referentes a la observación de las comunicaciones prevista en sede judicial: 2.1. La determinación de los órganos judiciales competentes para la adopción de la medida limitativa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones; 2.2. Límites temporales que presiden la observación de las comunicaciones; 2.3. Secreto de sumario versus plazo de observación de comunicaciones: a) Dualidad de plazos; b) ¿Hasta dónde alcanza el secreto de sumario?

### **III. LAS PREVISIONES CONTENIDAS EN EL APARTADO CUARTO DEL ART. 579 LECRIM.**

1. Ámbito de aplicación: 1.1. El carácter urgente de las actuaciones a practicar; 1.2. La especialidad delictiva prevista en el art. 579.4 LECrim; 1.3. Comunicaciones susceptibles de observación a tenor del art. 579.4 LECrim; 2. Determinación de los órganos competentes para acordar la observación de las comunicaciones: 2.1. Observación de comunicaciones acordada por la autoridad gubernativa; 2.2. Observación de comunicaciones acordada previa resolución judicial; 3. El cumplimiento de la exigencia de motivación de las resoluciones limitativas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: 3.1. La exigencia general de motivación judicial; 3.2. La exigencia de motivación judicial respecto de la posibilidad de prorrogar la situación de observación de las comunicaciones; 3.3. Motivación judicial por remisión; 3.4. La exigencia de motivación impuesta a la autoridad gubernativa; 4. Cuestiones de procedimiento relativas a la observación de comunicaciones prevista en el art. 579.4 LECrim: 4.1. La comunicación gubernativa al órgano judicial competente: la necesidad de un control judicial efectivo; 4.2. Cómputo de los plazos que informan la observación de comunicaciones prevista en el art. 579.4 LECrim; 5. Notificación a los sujetos afectados por la observación de las comunicaciones; 6. La articulación del principio de contradicción tras la observación de comunicaciones; 7. A modo de propuesta.

### **IV. LA OBSERVACIÓN DE COMUNICACIONES CON EL ABOGADO DEFENSOR.**

1. La interrelación de los derechos fundamentales afectados por la observación de comunicaciones; 2. La legitimidad de la observación de las comunicaciones habidas con el letrado defensor; 3. La observación de las comunicaciones habidas con el letrado defensor en la investigación criminal de los delitos de terrorismo: 3.1. La observación de las comunicaciones habidas con el letrado defensor acordada en el marco de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 3.2. La observación de las comunicaciones habidas con el letrado defensor acordada en el marco de la legislación penitenciaria: a) La regulación contenida en la Ley Orgánica General Penitenciaria; b) La regulación contenida en el Reglamento Penitenciario.

## **I. INTRODUCCIÓN.**

El art. 18.3 CE garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, si bien, se admiten limitaciones al respecto mediando resolución judicial que autorice la intervención y/u observación de las mismas. Asimismo, debemos tener presente la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

En el ámbito comunitario, la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), la Directiva 2006/24/CE de 15 de marzo de 2006 , sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y la Directiva 2009/136/CE, de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican diversos instrumentos comunitarios.

Respecto de la legislación internacional aplicable, vía art. 10.2 CE, expresamente se pronuncian sobre el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos, art 12:

*“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”*

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art 17:

*“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.*

*2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”*

- El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 8:

*“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

*2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y*

*constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”*

- Carta de los Derechos Fundamentales, art. 7:

*“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.”*

- El Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000, que recoge en el Título III, arts. 17 a 22, la intervención de telecomunicaciones.
- Los estándares fijados por el Instituto europeo de normas de telecomunicaciones<sup>459</sup>.

Ahora bien, como sabemos, a partir de las previsiones contenidas en el suspensivo art. 55.2 CE se vino a configurar, mediante el oportuno desarrollo orgánico, un marco jurídico particular, referente a los órganos competentes y al procedimiento para acordar la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones, en los supuestos de investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Tales previsiones excepcionantes se recogieron en el art. 579 LEcrim, en particular en su apartado cuarto, del cual a continuación proponemos su análisis, no sin antes realizar un escueto recorrido atendiendo a cuestiones generales que se han considerado relevantes en la materia.

### **1. Aspectos generales que informan el derecho al secreto de las comunicaciones.**

Entendemos por comunicación, a tenor de la doctrina constitucional, el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos indisolublemente unidas por naturaleza a la persona, a la propia condición humana (STC 281/2006, de 9 de octubre (F. J. 3º)). Como sostuvo la STC 123/2002, de

---

<sup>459</sup> Por sus siglas en inglés, ETSI, *European Telecommunications Standards Institute*, pueden consultarse en Web: [www.etsi.org](http://www.etsi.org).

20 de mayo (F. J. 5º), *“en una sociedad tecnológicamente avanzada como la actual, el secreto de las comunicaciones constituye no solo garantía de libertad individual, sino instrumento de desarrollo cultural, científico y tecnológico colectivo.”*

De esta forma, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ampara implícitamente tanto la libertad de las comunicaciones como, de modo expreso, el secreto de las mismas (STC 123/2002, de 20 de mayo (F. J. 4º))<sup>460</sup>. El precepto constitucional citado se dirige hacia la protección del proceso de comunicación<sup>461</sup>, frente a cualquier forma de intervención por terceros ajenos, sean sujetos públicos o privados (STC 114/1984, de 29 de noviembre (F. J. 9º)) y con independencia de lo transmitido, o del soporte en que se encuadre la comunicación (STC 70/2002, de 3 de abril (F. J. 1º))<sup>462</sup>. En cuanto a los titulares del derecho fundamental al secreto de las

---

<sup>460</sup> Y a tal efecto, continua la resolución judicial comentada: *“este reconocimiento autónomo del derecho (al secreto de las comunicaciones), no impide naturalmente que pueda contribuir a la salvaguarda de otros derechos, libertades o bienes constitucionalmente protegidos, como el secreto del sufragio activo, la libertad de opinión, ideológica y de pensamiento, de la libertad de empresa, la confidencialidad de la asistencia letrada o, naturalmente también, el derecho a la intimidad personal y familiar”* (F. J. 5º).

<sup>461</sup> Se ha venido diferenciando entre los datos conservados de la comunicación y la comunicación propiamente dicha, extendiéndose la protección constitucional hasta los llamados “listados de llamadas” (STEDH de 2 de agosto de 1984 Malone contra Reino Unido). Sin embargo, no se ha dispensado dicha protección para con las agendas personales que obran en los terminales, al entender que cabría su incardinación en el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE (STC 70/2002, de 3 de abril), o bien, lógicamente, respecto de las denominadas “llamadas perdidas” que aparecen en la pantalla de los terminales (STS de 17 de diciembre de 2009). En cuanto a los mensajes de texto, debemos pronunciarnos a favor de incardinar la protección de los mismos dentro del art. 18.3 CE, con independencia del estado en que los mismos se encuentren, es decir, si han sido leídos o no por el receptor de la información, puesto que el precepto constitucional protege, precisamente, el secreto de la comunicación, con independencia del momento en que esta se produzca. Lo anterior, indudablemente, dispondrá unas consecuencias específicas en las comunicaciones telemáticas a través de ordenadores o smartphones. Asimismo, poner de manifiesto que la dinámica de transmisión de datos que las nuevas tecnologías 3G y 4G permiten, determinará que, más temprano que tarde, deban reformularse los términos en que la intervención de comunicaciones se produce.

<sup>462</sup> Como resalta la STS de 18 de abril de 2013 (F. J. 3º) *“El derecho al secreto de las comunicaciones puede considerarse una plasmación singular de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad, que constituyen el fundamento del orden político y de la paz social (STC 281/2006, de 9 de octubre de 2006 y STS de 27 de noviembre de 2008), por lo que trasciende de mera garantía de la libertad individual, para constituirse en medio necesario para ejercer otros derechos fundamentales. Por ello la protección constitucional del secreto de las comunicaciones abarca todos los medios de comunicación conocidos en el momento de aprobarse la norma fundamental, y también los que han ido apareciendo o puedan aparecer en el futuro, no teniendo limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse (SSTS de 22 de marzo de 2001 y de 8 de febrero, de 1999).”*

comunicaciones, se reconoce tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas<sup>463</sup>.

Sin embargo, ello no obsta a que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones pueda sufrir eventuales limitaciones, durante un período de tiempo determinado, mediando la decisión de un órgano judicial competente. Dicha resolución judicial que acuerda restringir el referido derecho fundamental, deberá pronunciarse y contener, según los casos:

- El objeto de la medida.
- La especificación del delito o delitos cuyo esclarecimiento constituye la causa y finalidad de la medida<sup>464</sup>.
- La determinación de la persona cuyas comunicaciones se pretenden afectar<sup>465</sup>.
- La duración de la misma y los períodos de dación de cuenta al órgano judicial que decreta la medida, definiendo la forma en que se llevará a cabo y el responsable de practicar la misma<sup>466</sup>.
- El tipo de actuación de que se trate (en caso de observación de comunicaciones telefónicas, si se insta la grabación o se registran meros datos, precisándose los

---

<sup>463</sup> STS de 20 de febrero de 1995 (F. J. 8º): “la Constitución garantiza en su art. 18.3 «el secreto de las comunicaciones y, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial» y la medida que nos ocupa incide sobre dicho derecho fundamental de que son titulares las personas físicas y las jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad, porque el secreto de las comunicaciones presupone la libertad, y su restricción se produce en un sentido de control y observación y no propiamente de impedimento a las comunicaciones y se extiende tanto al conocimiento del contenido de las mismas, como a la identidad de los interlocutores.”

<sup>464</sup> GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 435.

<sup>465</sup> Resalta la STC 150/2006, 22 de mayo (F. J. 3º) que “del conjunto de la jurisprudencia de este Tribunal, construida fundamentalmente para dar respuesta a casos en que se plantean otro tipo de problemas, no se desprende que la previa identificación de los titulares o usuarios de las líneas telefónicas a intervenir resulte imprescindible para entender expresado el alcance subjetivo de la medida, excluyendo la legitimidad constitucional de las intervenciones telefónicas que, recayendo sobre sospechosos, se orienten a la identificación de los mismos u otorgando relevancia constitucional a cualquier error respecto de la identidad de los titulares o usuarios de las líneas a intervenir. A la vista de los avances tecnológicos en el ámbito de la telefonía –por ejemplo, con la aparición de teléfonos móviles y tarjetas prepago, que dificultan la identificación de los titulares y usuarios, facilitando el intercambio de los teléfonos– esas exigencias resultarían desproporcionadas por innecesarias para la plena garantía del derecho y gravemente perturbadoras para la investigación de delitos graves, especialmente cuando éstos se cometen en el seno de estructuras delictivas organizadas.”

<sup>466</sup> SSTC 49/1999, de 5 de abril (F. J. 5º) y 261/2005, de 24 de octubre (F. J. 2º), entre otras.

números de teléfono a intervenir), es decir, la modalidad de intervención, concretándose si se afectan las comunicaciones recibidas o aquellas emitidas<sup>467</sup>.

- Los razonables indicios que fundamentan la medida y la conexión de las personas investigadas con el delito que se trata de perseguir.
- La consideración que merece el material resultante de la investigación efectuada por por la autoridad gubernativa, a juicio del órgano judicial.
- La rúbrica del órgano instructor y del secretario judicial<sup>468</sup>.

Dicho lo anterior, como sostuvimos respecto de las restricciones al derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria, las actuaciones deberán incardinarse en el marco de unas diligencias previas o sumariales, sin que en ningún caso pueda ser autorizada en el marco de las llamadas «diligencias indeterminadas»<sup>469</sup>. Por tanto, desde el momento en que apareciesen nuevos hechos delictivos conocidos mediante la afectación de las comunicaciones, la autoridad gubernativa actuante lo habrá de poner inmediatamente en conocimiento del órgano judicial competente para que decida sobre tales extremos, informando sobre los resultados obtenidos y respecto de la conveniencia de proseguir la continuación de la medida cautelar. En caso contrario, la afectación original del derecho al secreto de las comunicaciones devendría ilegítima si con ella se persiguen hechos

---

<sup>467</sup> MORENO CATENA, «Actos de investigación reservados a la instrucción judicial», en *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 243.

<sup>468</sup> Véase la STS de 12 de diciembre de 2011 (F. J. Único): «la adopción de injerencias en derechos fundamentales exige un escrupuloso respeto y una observancia de la disciplina de garantía dispuesta en la ley para asegurar la judicialidad de la medida y el efectivo control de su ejecución. La falta de firmas evidencia, cuando menos, un descontrol judicial de la injerencia que no puede ser tratada como mero error sin relevancia alguna.»

<sup>469</sup> MORENO CATENA, «Actos de investigación reservados a la instrucción judicial», en *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 254. Asimismo, GIMENO SENDRA, «La prueba preconstituida de la policía judicial», en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 2010, nº 22, (ref. de 1 de octubre de 2012), disponible en Web: [www.raco.cat](http://www.raco.cat), sostiene cómo en la práctica forense, y no obstante la censura efectuada por la STS de 24 de julio de 2008, suelen adoptarse dentro de aquellas atípicas diligencias indeterminadas, que, por efectuarse a espaldas de la defensa y sin intervención del Ministerio Fiscal, no reúnen las exigencias del adecuado «control judicial»; pero la jurisprudencia del TC y TS las siguen legitimando (STC 49/1999, SSTs de 26 de noviembre y de 7 de octubre...). Así, las SSTs 28 de junio de 1993, de 14 de junio de 1995, de 7 de abril de 1995, de 7 de marzo y 23 de octubre de 1998, entre otras, estiman suficientes las «diligencias indeterminadas» como cauce procesal para adoptar estas intervenciones.



delictivos diferentes a los precisados al inicio<sup>470</sup>. A diferencia de las actuaciones referidas en el Capítulo anterior atinentes al registro domiciliario donde el descubrimiento de nuevos hechos o circunstancias de las denominadas casuales (STC 41/1998, de 24 de febrero (F. J. 2º)), no debería enturbiar, necesariamente, la legitimidad de las actuaciones realizadas. Y ello nos aproxima a la realidad del registro y los términos en que el mismo se desarrolla: la inmediatez con que afloran los resultados del registro. Tomando en consideración tales premisas, convendría entonces adelantar la articulación de las debidas garantías que informan las medidas cautelares restrictivas de derechos fundamentales. Sin embargo, dicha inmediatez de resultados no forma parte de la esencia misma de la observación de comunicaciones. Ni tan siquiera en las intervenciones postales, donde será el posterior registro del contenido en que la comunicación se manifiesta quien aporte tales rasgos diferenciadores. En otras palabras, la operatividad de la observación de comunicaciones, como su instrumentalidad respecto del resto de medidas limitativas de derechos fundamentales que se articulan en la investigación criminal, impide conceder ese carácter inmediato, asegurador de los resultados<sup>471</sup>.

A modo de ejemplo. Tras la práctica de un registro en domicilio motivado por un delito de tráfico de armas del art. 566 del Código Penal, se descubre en el interior del mismo, cantidades de sustancias estupefacientes que hacen presumir la posible concurrencia de un delito contra la salud pública del art. 368 del mismo cuerpo legislativo. La inmediatez de los resultados que arroja el registro respecto de los nuevos hechos

---

<sup>470</sup> SSTEDH de 6 septiembre 1978, Caso Klass y otros c. Alemania, de 2 agosto de 1984, Caso Malone c. Reino Unido, y de 24 abril de 1990, Caso Kruslin c. Francia. A su vez la STS de 30 de enero de 2003 se expresa del siguiente tenor: *“concedida la autorización de las escuchas para la averiguación de un determinado hecho delictivo, no cabe que a través de la intervención se investiguen acciones criminales distintas, por lo que de surgir nuevos hechos, no previstos en la solicitud inicial, deberá extenderse la licencia judicial de escucha a los mismos de un modo formal. Por la jurisprudencia (SS. 2.7.93 y 21.1.94) se ha matizado el principio de especialidad, entendiéndose que sólo se vulnera el mismo cuando se produce una novación del tipo penal investigado, pero no cuando exista una adicción o suma porque, aparte de las conversaciones sobre los hechos investigados, se produzcan otras sobre otros distintos.”*

<sup>471</sup> STS de 31 de octubre de 1994 (F. J. 10º) definición la intervención de comunicaciones telefónica como: *“medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen ordenadas por el juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación en su caso, de determinados elementos probatorios.”*

casuales descubiertos se podrían complementar con la resolución judicial que acuerda inicialmente el registro domiciliario. Aprehendida las sustancias estupefacientes, podrán abrirse nuevas líneas de investigación al objeto de delimitar la posible responsabilidad penal del morador del domicilio, pero sencillamente se comprenderá, que el paquete donde se contienen las mismas se encuentra ahora en manos de la autoridad gubernativa. Inmediatez material que, por el contrario, no concurre en la observación de comunicaciones, donde tales circunstancias derivarán de la propia comunicación, de la información transmitida, que permitirá abrir otras posibles vías de investigación y actuación.

En conclusión, la ausencia de inmediatez material justifica la necesidad de disponer de autorización judicial habilitante ante el advenimiento casual de nuevos hechos delictivos conocidos como consecuencia de la previa afectación del derecho al secreto de las comunicaciones. Todo ello, con independencia de que autorizada que sea mediante resolución judicial la medida cautelar, motivada por la anuencia de nuevos hechos delictivos, los efectos judiciales habilitantes se extiendan a las comunicaciones e informaciones adquiridas de forma casual.

## **2. Parámetros que informan la legitimidad constitucional de la medida limitativa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.**

Como se ha venido desarrollando a lo largo del presente trabajo, las medidas limitativas de derechos fundamentales han de venir presididas por las directrices que aporta el referido test de legitimidad constitucional<sup>472</sup>. Veamos cómo se articulan tales premisas desde la perspectiva de la observación de las comunicaciones.

La medida deberá ser adoptada, en principio, por un órgano judicial en el curso de un proceso, mediante resolución motivada y observándose las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, esto es:

- Orientación a un fin constitucionalmente legítimo, como son las investigaciones por delitos graves (STC 239/2006, de 17 de julio (F. J. 2º)), en

---

<sup>472</sup> SSTC 167/2002, de 18 de septiembre (F. J. 4º) y 184/2003, de 23 de octubre (F. J. 2º), dictadas por el Pleno de dicho Tribunal.

atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social del mismo (STC 166/1999, de 27 de septiembre F. J. 3º))<sup>473</sup>.

Cabría realizar algunas concreciones. La regulación de la observación de comunicaciones no contempla la aplicación a una tipología penal específica, obviando toda indicación, expresa o tácita, que delimite los tipos delictivos susceptible de permitir tan intromisiva medida cautelar. Será la Jurisprudencia, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, susceptible de ser moldeado conforme las circunstancias concurrentes, quien se encargue de realizar tales determinaciones, y así referencia los delitos graves. Sin embargo, los citados argumentos aún permiten ciertas generalizaciones tendentes a confundir proporcionalidad con resultado. En efecto, la inseguridad jurídica que provoca la indeterminación de los tipos penales parece modularse con la *sui generis* concreción de delitos graves que realiza la Jurisprudencia. De esta forma, entendemos por delitos graves aquellos que lleven aparejada una sanción de la misma índole (art. 13 CP), y entre tales figura la pena privativa de libertad de una determinada duración, es decir, se clasifican como penas graves, por expreso mandato del art. 33.2 CP, la prisión superior a cinco años. Claro que la pena solo se aplicará tras la consecución del correspondiente proceso penal, pudiendo suceder que finalmente la resolución judicial que acuerde condenar al acusado, delimite el *quantum* punitivo por encima o por debajo de tal cifra. El art. 382 CP, puesto en relación con los arts. 379, 380 y 381 del mismo cuerpo normativo, podría representar las razones que aquí proponemos. Por nuestra parte, apostamos por una delimitación precisa de los tipos delictivos que pudieran autorizar la intervención de comunicaciones, lo cual produciría mayor seguridad jurídica y convendría en reducir los costes judiciales que supone la constante alegación de posibles vulneraciones del principio de proporcionalidad en sede de recursos.

Asimismo, para los casos anteriores, convendría definir claramente la tipología de delitos graves que podrían sostener la adecuación de la restricción de derechos fundamentales que la observación de comunicaciones supone para con el principio de proporcionalidad. Aun cuando se manifiestan como delito o faltas las acciones y

---

<sup>473</sup> SSTC 299/2000, de 11 de diciembre (F. J. 2º) y 82/2002, de 22 de abril (F. J. 4º).

omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley (art. 10 CP), las consecuencias penales que se derivan de uno u otro carácter difieren sustancialmente<sup>474</sup>.

- Idoneidad y necesidad de la medida para con dicho fin<sup>475</sup>.
- Excepcionalidad de la medida, por cuanto implica el sacrificio de un derecho fundamental (STS de 31 de mayo de 2006 (F. J. 1º))<sup>476</sup> se habrá de adoptar cuando no existan otro medios que sean “*de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo*” (STS de 11 de mayo de 1998 (F. J. 2º))<sup>477</sup>.

---

<sup>474</sup> Como sostuvo GIMENO SENDRA, «La prueba preconstituida de la policía judicial», en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, ob. cit., (ref. de 1 de octubre de 2012), disponible en Web: [www.raco.cat](http://www.raco.cat), el art. 579.2 LEcrim, no contiene un criterio cualitativo o de listado de delitos graves que habría de autorizar la práctica de este acto instructorio (sistema secundado por países como Alemania, Bélgica, Finlandia o Grecia), ni siquiera otro criterio cuantitativo expreso que pudiera atender a la necesidad de la intervención según un «quantum» de pena a imponer por el delito imputado por lo que el precepto ha suscitado el mantenimiento de dos antitéticas tesis: de conformidad con la primera, la circunstancia de que el art. 579 esté ubicado dentro del proceso penal común para delitos muy graves y que su párrafo segundo contemple como destinatario de la medida al «procesado » y no al mero imputado, obligan a concluir en que las intervenciones telefónicas tan solo se justifican para la investigación de delitos castigados con una pena privativa de libertad superior a los nueve años de privación de libertad; según la segunda, el término procesado es aquí sinónimo de «imputado», por lo que debiera reclamarse el ámbito de aplicación de estas medidas para cualquier clase de delito.

La polémica anterior fue zanjada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de junio de 1993, en la que no secundó ninguna de las dos tesis maximalistas o, para ser más exactos, combinó adecuadamente las dos, conjugando tanto el criterio cuantitativo como el cualitativo: de conformidad con esta doctrina, las intervenciones telefónicas, en principio, tan sólo se justifican para la investigación de delitos muy graves; pero —consciente nuestro Tribunal de casación de que nuestro viejo Código penal mantenía penas irrisorias, sobre todo, para la represión de los delitos cometidos por funcionarios— las autoriza también para los ilícitos penales leves «con trascendencia social». Asimismo, TIEDEMANN, «El futuro del proceso penal europeo. Aspectos de interés, en especial sobre la lucha antiterrorista», en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, ob. cit., (ref. de 20 de agosto de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), sostiene que el art. 579.2 LEcrim permite acordar mediante resolución motivada la observación de las comunicaciones telefónicas básicamente en todos los delitos, mientras que el Derecho Procesal Penal alemán, en el § 100a de la Ley Procesal Penal, presupone la sospecha respecto a una serie de delitos especialmente graves enumerados con carácter exclusivo en un catálogo. Una considerable parte de la bibliografía alemana exige, por ello, que la valoración de una medida de intervención de comunicaciones dictada en España, solamente sea admisible en el proceso alemán cuando la medida también se hubiese admitido en el proceso penal alemán.

<sup>475</sup> Entre otras, SSTC 85/1994, de 14 de marzo (F. J. 3º), 181/1995, de 11 de diciembre (F. J. 5º), 49/1996, de 26 de marzo (F. J. 2º), 54/1996, de 26 de marzo (F. J. 7º).

<sup>476</sup> En el mismo sentido, STS de 24 de abril de 2003 (F. J. 2º).

<sup>477</sup> En el mismo sentido, SSTs de 1 de diciembre de 1995 (F. J. 2º), de 26 de enero de 1996 (F. J. 1º) y de 22 de julio de 1996 (F. J. 1º), entre otras.

- Valoración de las específicas circunstancias concurrentes, a partir de las cuales constatar la proporcionalidad de la medida<sup>478</sup>. Asimismo, se habrá de tomar en consideración los indicios, razonables y objetivos, de que se disponga, a partir de los cuales poder deducir la posible comisión de un delito y la participación en el mismo de la persona cuyas comunicaciones se pretende intervenir.

## **II. LAS PREVISIONES CONTENIDAS EN EL APARTADO TERCERO DEL ART. 579 LECRIM.**

La afectación del derecho al secreto de las comunicaciones se encuentra regulada en el citado art. 579 LECrim, el cual dispone que:

1. *“Podrá el juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.*
2. *Asimismo, el juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.*
3. *De igual forma, el juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.*
4. *En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas, elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.”*

---

<sup>478</sup> SSTC 126/2000, de 16 de mayo (F. J. 8º), 14/2001, de 29 de enero (F. J. 2º) y 202/2001, de 15 de octubre (F. J. 2º), entre otras.

Cierto que la oportunidad de afectación de las comunicaciones no se agota en los apartados tercero y cuarto, pues los dos primeros apartados prevén dicha posibilidad, si bien, vaya por delante, los mismos no serán objeto de un desarrollo específico en el presente capítulo, ya que, dada la materia que nos ocupa, se prefiere centrar el estudio en los extremos contenidos en los dos últimos apartados del precepto.

Asimismo, aunque generalmente se habla de intervención de las comunicaciones personales para designar cualquier afectación del derecho consagrado en el art. 18.3 CE, en realidad desde la óptica de la operatividad de la investigación penal pueden distinguirse dos modalidades de diligencias u operaciones:

- a) La intervención propiamente dicha o interceptación, consistente en la intervención del soporte físico que le sirva de vehículo a la comunicación (carta postal o telegrama), interrumpiendo la misma.
- b) La observación, que consiste en acceder a la comunicación para conocer su contenido sin interrumpir ésta y sin que lo sepan los comunicantes.

La primera modalidad supone la interceptación de la comunicación, impidiendo así que llegue a su destinatario, para que a continuación pueda el juez acceder a su contenido, y se reduce a las comunicaciones postales y telegráficas. A la interceptación se refiere el art. 579.1 LEcrim. La segunda no interrumpe la comunicación, sino que supone el acceso al contenido de la misma mientras ésta tiene lugar, permitiendo no obstante que llegue a su destinatario; puede realizarse en toda clase de comunicaciones: postales, telegráficas, telefónicas, etc. La observación se contempla en el art. 579.3 LEcrim<sup>479</sup>.

Ahora bien, como sostuvo la STC 184/2003, de 23 de octubre (F. J. 3º): *de la lectura del transcrito precepto legal (art. 579.3 LEcrim) resulta la insuficiencia de su regulación sobre el plazo máximo de duración de las intervenciones, puesto que no existe un límite de las prórrogas que se pueden acordar; la delimitación de la naturaleza y gravedad de los hechos en virtud de cuya investigación pueden acordarse; el control del resultado de las intervenciones telefónicas y de los soportes en los que conste dicho resultado, es decir, las condiciones de grabación, y custodia, utilización y*

---

<sup>479</sup> DE LLERA SUÁREZ – BÁRCENA, «Presupuestos para la intervención de comunicaciones personales», en *El proceso penal*, Tirant Online, 2000, (ref. de 1 de octubre de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

*borrado de las grabaciones, y las condiciones de incorporación a los atestados y al proceso de las conversaciones intervenidas. Por ello, hemos de convenir en que el art. 579 LEcrim no es por sí mismo norma de cobertura adecuada, atendiendo a las garantías de certeza y seguridad jurídica, para la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3 CE)*<sup>480</sup>. Si bien, no han faltado pronunciamientos que han defendido las bondades de la regulación de la observación de las comunicaciones, completada vía jurisprudencial, puesto en relación con las modalidades previstas en el Derecho comparado, y en particular el Derecho anglosajón. A tal respecto, STS 17 de julio, de 2012 (F. J. 8º): *“No es ocioso recordar que las exigencias establecidas en nuestro ordenamiento para las intervenciones telefónicas son de las más estrictas que existen en el ámbito del derecho comparado, en primer lugar porque en muchos ordenamientos de nuestro entorno no se exige autorización judicial, siendo suficiente la intervención de una autoridad gubernativa, y en segundo lugar porque en aquellos en que se exige la autorización judicial, ordinariamente ordenamientos de corte anglosajón, no se imponen al Juez las exigencias de motivación establecidas por nuestra jurisprudencia.”* Ciertamente cuando acudimos al Derecho comparado, podemos afirmar que cabría acordar la medida cautelar mediante decisión de la autoridad gubernativa. Claro que cabría preguntarse qué efectos probatorios podrán producir los resultados obtenidos con la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones. A su vez, deberá tenerse en cuenta, cómo se configura el derecho a la defensa y asistencia letrada en los diferentes estadios procesales por los que discurre el devenir del sujeto pasivo del proceso penal en uno y otro modelo. Sin duda cuestiones que convendría analizar en futuros proyectos.

## **1. Ámbito de aplicación.**

Con el fin de averiguar y hacer constar la perpetración de infracciones punibles<sup>481</sup>, el art. 579.3 LEcrim, permite la observación de las comunicaciones en dos supuestos:

---

<sup>480</sup> Véase SSTEDH de 18 de febrero de 2003, Caso Prado Bugallo c. España y de 30 de julio de 1998, Caso Valenzuela Contreras c. España.

<sup>481</sup> MORENO CATENA, «La intervención de las comunicaciones personales en el proceso penal», en *La reforma de la justicia penal (estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 1997, p. 409.

- Siempre que recaigan los suficientes indicios de responsabilidad criminal sobre la persona cuyas comunicaciones se pretende afectar.
- En los casos de observación de comunicaciones instrumentales, esto es, aquéllas de las que se sirvan tales sujetos para la realización de sus fines delictivos.

### 1.1. La obligada presencia de suficientes indicios de responsabilidad criminal.

Al objeto de entender conforme a Derecho la observación de comunicaciones prevista en el art. 579.3 LEcrim, tales indicios han de poder conectar la persona del sospechoso con el delito que se viene investigando pues en caso contrario la medida ha de entenderse arbitraria, y por ende, desamparada constitucionalmente.

#### a) *Concepto de indicios de responsabilidad criminal.*

Desde la óptica de la observación de las comunicaciones, entendemos por indicios de responsabilidad criminal aquellos “*datos objetivos que, sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, permitan contar con una noticia racional, siquiera sea provisional y precisada de confirmación, del hecho que se pretende investigar, así como con la posibilidad seria de descubrir a los autores o de comprobar algún hecho o circunstancia importante de la causa a través de la medida que se autoriza*” (STS de 16 de febrero de 2007 (F. J. 2º)).<sup>482</sup> Como ha concretado el Tribunal Constitucional en numerosos pronunciamientos, los indicios son algo más que sospechas y algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento (STC 26/2010, de 27 de abril de 2010 (F. J. 2º)) que han de estar fundados en datos fácticos que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave, o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse (STC 49/1999, de 5 abril (F. J. 8º))<sup>483</sup>.

En consecuencia, nos encontramos ante un grado de sospecha acorde al estado de la investigación, pues ésta se halla en sus momentos iniciales (sospecha inicial simple), mas de tales indicios se ha de poder inferir la oportuna conexión de la persona cuyas

---

<sup>482</sup> SSTs de 20 de septiembre de 2012 (F. J. 1º) y de 25 de mayo de 2011 (F. J. 8º), entre otras.

<sup>483</sup> SSTEDH de 6 de septiembre de 1978, Caso Klass y otros c. Alemania y de 15 de junio de 1992, Caso Lüdi c. Suiza.



comunicaciones se pretende afectar, con los hechos delictivos que se vienen investigando.

Dando forma a tales conceptos jurídicos, en la práctica de la actuación policial y judicial podemos entender por indicios de suficiente entidad como para autorizar la restricción de un derecho fundamental, desde fotografías, seguimientos, situación económica del sujeto investigado, antecedentes criminales del sujeto y de las personas de su entorno, hasta eventuales declaraciones de confidentes (STS de 26 de septiembre de 1997), y un largo etcétera de posibles situaciones que el órgano judicial habrá de valorar a la hora de habilitar la observación de las comunicaciones de dicho sujeto. Como informa la STS de 13 de julio de 2012 (F. J. 2º), *“algunas conductas externas (maniobras con un vehículo, recogida de paquetes, relación con ciertos ambientes, posesión de muchos vehículos) pueden obedecer a mil razones diferentes la mayoría de las cuales no guardan la más mínima relación con una actividad delictiva. Pero cuando confluyen varias de ellas y adquieren plena coherencia y explicación si se ponen en relación con las informaciones confidenciales que la policía relata haber recibido, éste no es un dato neutro: es un indicio más que adquiere mayor valor por esos puntos de confirmación.”*

*b) El carácter objetivo de los indicios de responsabilidad criminal.*

Los indicios necesarios para valorar la legitimidad constitucional de la medida limitativa del derecho al secreto de las comunicaciones *“no son circunstancias meramente anímicas”* (STC 205/2002, de 11 de noviembre (F. J. 4º)) sino que requieren su apoyo en datos objetivos desde una doble perspectiva:

- Han de ser accesibles a terceros, pues en caso contrario no serían susceptibles de control posterior.
- Se requiere la existencia de una base cierta a partir de la cual deducir la posible comisión de un delito o bien su próxima ejecución.
- Tales sospechas no podrán consistir en valoraciones acerca de la persona investigada (STC 184/2003, de 23 de octubre (F. J. 11º)), descartándose, a tal efecto, las investigaciones meramente prospectivas<sup>484</sup>.

---

<sup>484</sup> SSTC 165/2005, de 20 de junio (F. J. 4º), 259/2005, de 24 de octubre (F. J. 2º) y 150/2006, de 22 de mayo (F. J. 3º), entre otras.

Asimismo, cabría añadirse la interconexión entre los hechos investigados y el medio de comunicación que se pretende afectar. Dentro de la variedad de tipos penales que se disponen, determinados medios o instrumentos de comunicación tendrán mejor encaje en las actuaciones delictivas que se vienen realizando. Por ejemplo, tratándose de delitos informáticos, tendrá mayor sentido intervenir las comunicaciones telemáticas del sujeto investigado que en otras tipologías delictivas, donde las circunstancias del caso, aconsejen quizás, una observación de las comunicaciones telefónicas.

La regla de conexión de los hechos investigados con el medio de comunicación a afectar se complementa con la valoración de las circunstancias en que el ilícito penal se está efectivamente desarrollando. Véase un delito contra la salud pública publicitado a través de medios telemáticos, donde la transacción finalmente se consuma de forma presencial, frente a un delito contra la salud pública, donde se ha previsto realizar la gestión del delito de forma telefónica o mediante correos personales.

#### 1.2. La observación de comunicaciones instrumentales.

Concluye el precepto objeto de análisis permitiendo la observación de las comunicaciones instrumentales utilizadas con fines delictivos. Como afirma la STS de 18 de marzo de 1994 (F. J. 4º) es indudable, que a tenor de la Ley Procesal Penal, se permite la observación de las comunicaciones de personas no imputadas y sobre las que, en principio, no recae sospecha alguna, puesto que de tales comunicaciones se sirve el sujeto sobre el que existen indicios de actuación criminal, para la mejor planificación y desarrollo de sus propósitos delictivos. Ciertamente es que se permiten dichas medidas, y muy probablemente, como afirma la citada resolución judicial, esa sea la intención de la norma procesal, si bien, tales circunstancias podrían autorizar que una desafortunada interpretación del precepto pudiera sugerir, e incluso autorizar, la posibilidad de ampliar las referidas medidas a cualquier persona de forma incondicional. Con ello, la oportunidad de descartar la arbitrariedad de la decisión podría ser considerada a expensas de los resultados obtenidos con la afectación de las comunicaciones, hecho

que no resulta en modo alguno tranquilizador<sup>485</sup>. Sobre tales cuestiones así como acerca de la exigencia de motivación presente en las medidas limitativas del derecho fundamental que venimos tratando se volverá a incidir en posteriores epígrafes.

## **2. Cuestiones referentes a la observación de las comunicaciones prevista en sede judicial.**

Frente a la injerencia acordada sobre el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones se articulan principalmente dos garantías esenciales, a saber, una garantía judicial, por cuanto sólo los órganos judiciales tienen reconocida, en principio, la posibilidad de acordar la medida, y una garantía temporal, por cuanto tratándose de la limitación de un derecho fundamental, habrá de venir limitada en el tiempo.

### **2.1. La determinación de los órganos judiciales competentes para la adopción de la medida limitativa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.**

La decisión de afectar la privacidad de las comunicaciones de sujetos determinados tiene, en un primer momento, naturaleza exclusivamente judicial (art. 117.3 CE). Tal decisión se conformará mediante resolución judicial que revestirá forma de auto, debiendo ser acordada dentro de un proceso penal, en curso, en atención al descubrimiento o comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa (art. 579.1 LEcrim); no obstante, cabe la posibilidad de que a su través se inste la apertura del mismo, como advertimos anteriormente con ocasión del desarrollo de la regulación de los llamados descubrimientos casuales. La afectación del derecho al secreto de las comunicaciones, practicada conforme a Derecho, tendrá en todo caso carácter procesal, pues aun siendo practicada materialmente por la autoridad gubernativa, se incardina dentro de un proceso penal, en el cual tan sólo los órganos integrantes del Poder Judicial tienen atribuidas potestades jurisdiccionales. Como afirma MONTERO AROCA, no existe actividad jurisdiccional que pueda ser no

---

<sup>485</sup> Como afirma LÓPEZ YAGUES, *La inviolabilidad de las comunicaciones del abogado defensor*, Tirant Online, 2003, (ref. de 12 de octubre de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), si se atiende a lo expresado por el mismo art. 579 LEcrim, salta a la vista la posibilidad de intervenir «las comunicaciones del procesado» -con aparente vocación de generalidad- así como de «aquellas de las que éste se sirva (...) para la realización de sus fines delictivos». Esta última mención, en opinión de la doctrina, abre paso a la posibilidad de acordar legítimamente dicha medida sobre sujetos relacionados, no ya con el hecho delictivo investigado o su autoría, sino relacionado de algún modo con el principal sujeto pasivo de la injerencia.

procesal<sup>486</sup>. Ahora bien, de dicho carácter innegablemente procesal de la medida no será posible inferir la naturaleza judicial de la totalidad de vicisitudes que afectan su práctica. Términos que creemos merece la pena diferenciar. En efecto, tanto la autorización habilitante para la práctica de la medida cautelar como la incorporación posterior de los resultados obtenidos con la misma a la investigación penal que se viene desarrollando, tendrán naturaleza judicial. Tal incorporación de resultados, donde entendemos se debería huir de los eventuales automatismos en la toma de decisiones, habrá pasado el correspondiente filtro judicial que analice la adecuación constitucional de la medida, garantizando la correcta articulación del principio de contradicción y del derecho de defensa del sujeto investigado en la selección del material obtenido con la intervención de comunicaciones. Descartamos, por tanto, la posibilidad de conceder naturaleza judicial a la práctica material de la medida limitativa del derecho al secreto de las comunicaciones, efectuada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, por más que las mismas se incardinan en la referida fase de investigación criminal, y aun estando dirigidas y ordenadas por un órgano judicial competente. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado actuarían en tal caso bajo la *auctoritas* del órgano judicial competente, dando cuenta de los resultados obtenidos, para que posteriormente, previa consideración de los mismos, puedan incorporarse a los autos, y eventualmente, contradecirse en un proceso penal posterior. Como se ha encargado de soslayar el Tribunal Constitucional en la medida de observación de comunicaciones (telefónicas en este caso) se pueden apreciar tres momentos claramente diferenciables, como son la decisión judicial al respecto, la ejecución policial de dicha autorización y la incorporación a las actuaciones de los resultados obtenidos (STC 121/1998, de 15 de junio (F. J. 5º)).

Respecto de la determinación específica de los órganos judiciales competentes para acordar la medida limitativa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, habremos de realizar las precisiones vertidas con ocasión del desarrollo del Capítulo anterior, en términos relativamente parecidos, si bien, no sin sensibles diferencias en cuanto a la posibilidad de delegación.

---

<sup>486</sup> MONTERO AROCA, *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal: (un estudio jurisprudencial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 105.

A diferencia de la medida cautelar limitativa del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria (art. 546 y 550 LEcrim), la Ley de Enjuiciamiento Criminal se remite a las reglas generales de determinación de la competencia a la hora de concretar los órganos judiciales encargados de autorizar la práctica de la intervención de comunicaciones. Por tanto, como advertimos, el juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE), a quien compete la instrucción de las causas penales, se corresponde con el juez de instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido (art. 87.1 a LOPJ y art. 14 LEcrim), a salvo las particularidades establecidas en el art. 15 LEcrim cuando no conste el lugar de presunta comisión de los hechos delictivos. Considerándose a su vez, el contenido del art. 303 LEcrim, por cuanto la formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponderá a los Jueces de instrucción por los delitos que se cometan dentro de su partido o demarcación respectiva, y en su defecto, a los demás de la misma ciudad o población cuando en ella hubiere más de uno, y a prevención con ellos o por su delegación, a los jueces municipales.

Respecto de la posibilidad de delegación de tales competencias, no encontramos razones que pudieran fundamentar la eventual asignación a órgano judicial diferente del fijado mediante las anteriores reglas competenciales, dado el formato en que se desarrolla la observación de comunicaciones<sup>487</sup>. Cuestión distinta pudiera ser la interceptación de comunicaciones que admiten un formato corpóreo y material. A modo de ejemplo, los arts. 580 y ss. de la Ley Procesal Penal, permiten tal delegación incluso respecto de órganos no integrados en el Poder Judicial, en cuanto a la estricta interceptación de las

---

<sup>487</sup> Será posible entonces que los órganos jurisdiccionales puedan actuar a prevención, qué duda cabe de su adecuado encaje constitucional, vistas las anteriores precisiones respecto de los eventuales hallazgos casuales.

comunicaciones, correspondiendo su posterior apertura al órgano judicial que autorizó la misma<sup>488</sup>.

Por último, mención expresa merece la atribución competencial prevista, de un lado, en materia de terrorismo, y de otro lado, en cuestiones atinentes al ámbito castrense. Como se puso de manifiesto en páginas precedentes, para la instrucción de los delitos contenidos en la Disposición Transitoria de la LO 4/1988, de 25 de mayo, se dispone la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción (art. 88 LOPJ y 14.2 LEcrim), conforme a la atribución que la citada Ley concede a la Audiencia Nacional en materia de terrorismo. Por tanto, serán tales órganos judiciales los competentes para autorizar la afectación de las comunicaciones en los supuestos de investigaciones criminales por delitos de terrorismo. En el ámbito castrense serán los arts. 188 y 189 de la Ley Orgánica Procesal Militar quienes encomienden tales atribuciones el juez togado militar<sup>489</sup>.

---

<sup>488</sup> No podemos concluir sin advertir la práctica habitual del pinchado de paquetes que se realiza principalmente en las vías de entrada de personas y mercancías por parte de la autoridad gubernativa. Tales prácticas, suponen un conocimiento directo y con un alto grado de fiabilidad respecto del contenido de la comunicación en aquellos casos en que se trate del envío y/o recepción de determinadas sustancias prohibidas. Aun cuando no se dispone de autorización judicial habilitante, la merma para con los derechos fundamentales del sujeto portador o remitente del paquete resulta mínima. Conviene entonces soslayar, que en aquellos casos en que el pinchado arroje un resultado negativo, la autoridad gubernativa no podrá proceder a la apertura del envío sin previa resolución judicial autorizante. Asimismo, en los casos en que el resultado fuera positivo podrá llevar a cabo la interceptación física y posterior detención del portador o del sujeto remitente, debiendo disponer de la citada resolución judicial para realizar la apertura del mismo, en los casos en que no resulte posible conectar la práctica del registro con los aspectos que informan el concepto de flagrancia delictiva.

<sup>489</sup> Art. 188 LOPM: *“Podrá el juez Togado acordar, mediante auto y previa audiencia del Fiscal Jurídico Militar, la intervención de las comunicaciones telefónicas o radiofónicas del procesado y la grabación de sus actividades, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. El auto determinará con precisión la modalidad o la forma de la intervención.*

*Para la práctica de estas diligencias se dirigirá mandamiento a quien haya de efectuarlas y, con el fin de garantizar la autenticidad y el secreto de la grabación o filmación, se adoptarán las medidas procedentes para su revelado y constancia, cumpliéndose para su conservación lo dispuesto para la correspondencia en lo que sea aplicable.”*

Art. 189 LOPM: *“Las grabaciones o filmaciones serán entregadas inmediatamente al juez que hubiere acordado la intervención, quien para la audición o visión estará a lo dispuesto para la lectura de la correspondencia.”*

## 2.2. Límites temporales que presiden la observación de las comunicaciones.

Aun sin referencia manifiesta en el art. 18.3 CE, se ha de entender que el plazo legalmente fijado se incorpora dentro de los requerimientos constitucionales que informan la medida, por cuanto la exigencia de limitar la restricción de derechos fundamentales en el tiempo se deriva del respeto debido al principio de proporcionalidad antes mencionado.

De esta forma, el plazo máximo de duración que señala la Ley Procesal Penal se residencia en los tres primeros meses a contar desde que la resolución judicial autorizante fue acordada, descartándose que la precisa determinación del *dies a quo* en que tales plazos comienzan a computarse se resuelva a favor del momento en que se produjo la efectiva observación de comunicaciones practicada por la autoridad gubernativa<sup>490</sup>. Al igual que se sostuvo en páginas anteriores, en modo alguno se ha de entender que obligatoriamente se hayan de consumir los plazos fijados, puesto que agotadas las circunstancias que justificaron la medida, se deberá reponer el sujeto intervenido en su derecho. Dicho plazo máximo de tres meses es susceptible de ser prorrogado, por iguales períodos, mediando resolución judicial motivada al efecto<sup>491</sup>. Aun cuando no se hace alusión alguna en el precepto legal acerca de la procedencia de ampliar tal situación, partiendo de la proporcionalidad que ha de predicarse de toda medida cautelar limitativa de derechos fundamentales, el plazo de observación podría ser prorrogable siempre y cuando persistan las circunstancias iniciales o sobrevengan nuevas razones que aconsejen su prosecución; todo ello, previa consideración de los aspectos que presiden la citada perspectiva constitucional y vistos judicialmente los resultados obtenidos con la primera afectación (STC 82/2002, de 22 de abril (F. J. 5º).

---

<sup>490</sup> SSTC 205/2005, de 18 de julio (F. J. 5º) y 26/2006, de 30 de enero (F. J. 9º), entre otras.

<sup>491</sup> STC 26/2010, de 27 de abril (F. J. 2º): “*tales exigencias de motivación deben, además, ser igualmente observadas en las prórrogas y las nuevas intervenciones acordadas a partir de datos obtenidos en una primera intervención, debiendo el Juez conocer los resultados de la intervención con carácter previo a acordar su prórroga y explicitar las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta a la inicialmente(...). Ha de tenerse en cuenta que la ilegitimidad constitucional de la primera intervención afecta a las prórrogas y a las posteriores intervenciones ordenadas sobre la base de los datos obtenidos en la primera. Ciertamente, el resultado de la intervención telefónica precedente puede proporcionar datos objetivos indiciarios de la existencia de un delito grave, pero la ilegitimidad constitucional de la primera intervención contamina irremediabilmente las ulteriores de ella derivadas.*”

Por último, una equivocada lectura del tenor de la Ley de Enjuiciamiento Criminal podría inducir a considerar que el hecho de la observación pudiera, legalmente, perpetuarse en el tiempo de forma indefinida, pues en la misma no se acota el máximo de prórrogas que pueden acordarse. Nada más lejos de la realidad. Como ha tenido ocasión de manifestar la Sala Segunda del Tribunal Supremo, una intromisión ilimitada en el tiempo devendría desproporcionada e ilegal (STS de 9 de mayo de 1994 (F. J. 2º)). En el mismo sentido, señala la citada STC 184/2003, de 23 de octubre (F. J. 3º), la insuficiencia de la regulación legal sobre *“el plazo máximo de duración de las intervenciones, puesto que no existe un límite de prórrogas que se pueden acordar.”* Tampoco se pronuncia la regulación actual sobre el tiempo máximo en que pueden acordarse la observación de comunicaciones sin que se hayan obtenido resultados que motiven de subsistencia de la medida cautelar.

Por todo ello, convendría dejar sentado en una futura modificación legal, una adecuada configuración de los límites temporales que debieran presidir la medida limitativa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

### 2.3. Secreto de sumario versus plazo de observación de comunicaciones.

En este punto nos encontramos con la posible contradicción que sigue: ordenando la legislación aplicable dar traslado inmediato de la imputación de un delito contra persona determinada a los presuntamente inculpados (art. 118 LEcrim), se decide afectar las comunicaciones de los mismos, necesitada del correspondiente secreto en las actuaciones y con un plazo máximo de tres meses prorrogables, en el ámbito de una instrucción que debiera ser decretada bajo secreto de sumario, y cuyo límite máximo de duración es de un mes.

De esta forma, las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 301 LEcrim) disponiendo el art. 302 LEcrim que las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento. Si el delito fuese público, podrá el juez de instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o incluso de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, vistos los plazos citados



anteriormente, y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario.

Dos cuestiones serán desarrolladas al respecto; la primera de ellas hace alusión a los diferentes plazos que informan ambas medidas y las posibilidades que pudieran plantearse; el segundo aspecto viene referido a la declaración del secreto de sumario, o mejor dicho, a su eventual omisión, en una investigación penal en la que se acuerda observar las comunicaciones del sujeto investigado.

*a) Dualidad de plazos.*

Como se ha dicho, el plazo máximo previsto para que las actuaciones sumariales sean practicadas bajo el más absoluto secreto se residencia en un mes; de otro lado, en epígrafes precedentes veíamos como el plazo máximo que permite la Ley Procesal Penal en materia de observación de comunicaciones se circunscribe a los tres primeros meses a contar desde que se acordó la medida. El desacuerdo de ambos límites es más que evidente. Empero, cierto es que nada impediría salvar la dualidad de plazos existente si, como sostiene MONTERO AROCA<sup>492</sup>, secreto de sumario y observación de comunicaciones son decretados por el plazo común de un mes, acordando posteriormente, si procede, las oportunas prórrogas<sup>493</sup>. En caso contrario, se habría de entender que la observación de las comunicaciones no podría exceder del plazo previsto para el secreto del sumario, esto es, un mes. Como afirma MORENO CATENA, nos encontramos ante la disyuntiva de extender la duración del sumario de uno a tres meses, lo que sólo podría concebirse mediante disposición expresa de la Ley, pues supone un

---

<sup>492</sup> MONTERO AROCA, *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal: (un estudio jurisprudencial)*, ob. cit., pp. 200 y ss.

<sup>493</sup> Como sostuvo la STC 176/1988, de 4 de octubre (F. J. 4º), la posibilidad de prorrogar el plazo de un mes se acoge en aras de “proteger el valor constitucional que justifica el secreto del sumario, si el plazo ha resultado insuficiente para hacer efectiva plenamente esa protección” y ello, según se afirma en la STS de 30 de enero de 2003 (F. J. 3º)), “pese a los términos restrictivos y no previsores de la prórroga, contenidos en el segundo párrafo del art. 302 de la LEcrim.”

menoscabo de los derechos procesales del imputado, o bien, entender que el plazo máximo de afectación del secreto de las comunicaciones es de un mes<sup>494</sup>.

b) *¿Hasta dónde alcanza el secreto de sumario?*

El asunto objeto de debate radica esencialmente en la consideración que merece el hecho de acordar la afectación de las comunicaciones sin declarar secretas las actuaciones que se vienen practicando. El tema ha sido enfocado desde diferentes perspectivas, acogándose en un primer momento la procedencia de acordar el secreto de sumario, de forma previa o simultánea<sup>495</sup> a la observación de las comunicaciones, y muy especialmente de las telefónicas. Al respecto, resulta obvio que para garantizar la eficacia de la medida de observación de las comunicaciones, es necesario que la persona investigada “*desconozca la existencia de la medida, ya que su conocimiento la haría inviable y estéril. Para ello el juez instructor, al mismo tiempo que autoriza la medida, debe proceder a declarar secretas las actuaciones en marcha*” (STS de 25 de junio de 1993 (F. J. 9º)).

Sin embargo, frente a tales consideraciones encontramos posteriores pronunciamientos en los que se afirma que la declaración de secreto sumarial, aun siendo aconsejable, puede quedar inmersa en la propia medida de observación de las comunicaciones, por cuanto la ausencia de dicha declaración de secreto sumarial no tendría por qué afectar necesariamente a la validez de los resultados obtenidos mediante la observación de comunicaciones.

- STS de 4 de noviembre de 1994 (F. J. 4º).

*“Estas intervenciones, aunque expresamente nada se acuerde al respecto, por su propia naturaleza, llevan consigo de modo necesario el referido secreto.”*

- STS de 28 de septiembre de 1998 (F. J. 5º).

---

<sup>494</sup> MORENO CATENA, «Actos de investigación reservados a la instrucción judicial», en *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 249. En similares términos, GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 439. Ambos autores sostienen, a su vez, la ineficacia o sinsentido de las oportunas prórrogas que pudieran acordarse por cuanto las mismas deberían ser puestas en conocimiento del imputado.

<sup>495</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991, p.127.

*“Aunque lo formalmente ortodoxo sea proteger la medida de restricción del secreto de las comunicaciones del conocimiento de la persona afectada mediante la declaración del secreto del sumario, en todo o en parte, el hecho de que no se haya adoptado esta formalidad legal no significa que tenga que notificarse al interesado la existencia de dicho mecanismo de investigación judicial como sostiene el recurrente, pues -como señalábamos anteriormente- la propia naturaleza y finalidad de la medida exige el desconocimiento de la misma por el afectado, puesto que, de lo contrario dicha medida resultaría irrazonable por inútil. De hecho, el secreto de esta clase de resoluciones judiciales es inherente a las mismas y se encuentra insito en ellas hasta su conclusión y no pierden ese carácter por el hecho de no haberse formalizado externamente.”*

- STS de 8 de junio de 2001 (F. J. 2º)<sup>496</sup>.

*“Aunque para extremar el rigor de las garantías procesales, sea aconsejable decretar el secreto de las actuaciones tan pronto se adopta una medida que debe mantenerse reservada, como es el caso de la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones, resulta lógico estimar que en una resolución judicial que acuerda tal medida el mandato del tradicionalmente llamado secreto sumarial se encuentra siempre implícito porque el mismo pertenece, por decirlo así, a la lógica de la situación.”*

- STS de 23 de noviembre de 2001 (F. J. 2º).

*“Y así se venía entendiendo, para considerar tal secreto como algo inherente a la propia resolución judicial por lo que se autorizaba la correspondiente intervención telefónica. Nos parece obvia tal inherencia.”*

- STS de 29 junio de 2009 (F. J. 4º):

*“Por una parte la jurisprudencia de esta Sala en los supuestos de descuidos o inadvertencias en la adopción de la medida del secreto, ha considerado que, como elemento esencial implícito a la misma y presupuesto de su efectividad y utilidad, debe entenderse comprendido el secreto de la diligencia de intervención*

---

<sup>496</sup> En el mismo sentido, STS de 30 de enero de 2003.

*telefónica, y no sólo por la necesidad inmanente de la propia diligencia, sino porque su notificación le privaría de practicidad a la misma, y uno de los condicionamientos de la medida injerencial es su utilidad, y el juez no puede contradecirse dictando una medida inútil, que por tal razón sería improcedente e inadecuada hasta el punto de arrastrar la nulidad de la misma y un instructor no dicta conscientemente una medida nula.*

*El segundo de los argumentos nos lo suministrarían los preceptos procesales que se dicen infringidos. En ambos subrayamos la legitimación establecida para ser beneficiario del derecho a tener conocimiento de las actuaciones.*

*El art. 302 nos habla de las partes personadas y el art. 118 menciona a toda persona a quien se impute un acto punible, o aquélla contra la que se dirija una denuncia o querella imputando un delito, y la persona sospechosa que es sometida a una medida de investigación, sin conocer el resultado final de las escuchas y sin hallarse en posesión de todo el material preprobatorio no ha sido declarada imputada, como es el caso que nos ocupa y por ende tampoco tendría posibilidad de personarse en la causa.*

*En suma la aplicación estricta de los arts. 302 y 118 LEcrim no atribuye el derecho a conocer el procedimiento, porque se dio un requisito (la adopción de una medida cautelar) pero no concurría el otro "imputación de un acto punible", lo que no puede hacerse sin conocer el resultado final de las escuchas o incluso valorando otros datos incriminatorios de la investigación. No teniendo, pues, el investigado la condición de denunciado, querellado o imputado ni estando personado en la causa carece del derecho a ser notificado de la medida investigadora adoptada."*

Tras afirmarse lo anterior, se ha sostenido que el incumplimiento de la declaración de secreto sumarial no produce indefensión alguna al sujeto afectado por la medida restrictiva, tratándose la omisión de declarar secretas las actuaciones como un vicio de legalidad ordinaria sin relevancia constitucional.

Consistiría entonces en una anomalía de procedimiento que no implicaría vulneración alguna de derechos fundamentales.

- STS de 5 mayo de 1997 (F. J. 3º).

*“Sin embargo, pese a que el éxito de tal medida de investigación requería que ello se hiciera sin el conocimiento de las personas afectadas, no se acordó el secreto del sumario conforme el citado art. 302. Ello constituye una infracción procesal: como ya se ha dicho no está permitido iniciar un proceso penal contra determinados imputados sin ponerlo en conocimiento de éstos conforme ordena el art. 118 de la LECr, salvo declaración de secreto. Pero no podemos acoger la postura de los recurrentes, que pretenden que tal infracción procesal determina la nulidad por inconstitucionalidad de las citadas intervenciones telefónicas, simplemente porque se trata de un vicio de procedimiento sin relevancia constitucional: 1º, respecto del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la CE, hubo autorización judicial como exige esta norma y 2º, por otro lado, no existió indefensión material para las personas afectadas (art. 24.1) que, cuando en calidad de imputados tomaron contacto con las actuaciones judiciales practicadas, pudieron conocer la medida adoptada en secreto contra ellos, su alcance y contenido habiendo tenido oportunidad para solicitar al respecto lo que hubieran considerado conveniente a la defensa de sus intereses, no sólo en las calificaciones provisionales, trámite legalmente previsto para pedir la prueba a practicar en el juicio oral, sino incluso durante las diligencias previas, antes de su conclusión.”*

- STS de 19 de septiembre de 1998 (F. J. 1º):

*“Ese requisito del secreto no es exigido, ni por el artículo 18.3 de la Constitución, ni por el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento, ni en ningún caso, que sepamos, por la jurisprudencia de esta Sala, ni por la del Tribunal Constitucional.”*

Tales planteamientos se enmarcan en la disyuntiva que supone equilibrar los intereses en pugna en la fase de investigación y posterior procesal penal. Y así, encontramos la posición el Estado, titular del *ius puniendi*, que asume la investigación de los hechos punibles. Seguidamente, el sujeto que soporta la investigación, que ha de disponer de las garantías procesales básicas plasmadas en la Carta Magna. Y un tercer elemento, el estatuto básico de quien ostente la condición de víctima o perjudicado por los hechos

con apariencia criminal cuyo esclarecimiento se pretende. Dicho lo anterior, la pretendida consecución de la eficacia en las tareas investigadores se ha justificado en base a la privilegiada situación de conocimiento que tiene el sujeto que ha delinquido, entre otras razones. En este punto quizás la presunción de inocencia podría incluso aportar algún matiz, aunque no conviene ahora profundizar en tal debate.

Por estos y además también por otros motivos, el Legislador ha concedido a los operadores públicos intervinientes en el esclarecimiento de los hechos delictivos unos márgenes de afectación de los derechos fundamentales, y entre ellos, de las garantías procesales básicas del ciudadano, que permitan equilibrar esa situación ventajosa de la que se cree parte, ahora sí, el presunto autor de los hechos delictivos que se investigan. Asimismo, para garantizar los adecuados mecanismos que equilibren la desmesurada o ilegítima acción pública sobre la persona y los bienes del sujeto investigado, éste dispondrá de toda una serie de excepciones y derechos que la permitirán defender su posición, aportando datos que pudieran evidenciar su descargo como participando en aquellos otros que pudieran propiciar su eventual condena posterior.

Entre los primeros, los márgenes de afectación pública, se encuentra indudablemente la posibilidad de disponer el carácter secreto de las actuaciones que se vienen desarrollando en la fase de investigación, siempre por un período de tiempo limitado; transcurrido el cual, el sujeto investigado tomará conocimiento de lo actuado y podrá ejercitar aquellas excepciones y derechos a los que hacíamos referencia. Podría entonces sostenerse, sin demasiados ambages, que determinadas actuaciones investigadoras necesitan desarrollarse sin conocimiento del sujeto investigado, por cuanto si el mismo tuviera conciencia de tales actividades, la pretendida eficacia de la investigación atenuaría inaceptablemente sus efectos. La media habría devenido estéril. A tal efecto la observación de las comunicaciones privadas.

Posicionemos nuestro parecer. Como es sabido, una de las principales diferencias que separan el proceso penal actual, el denominado sistema acusatorio mixto, respecto del anterior sistema inquisitorial puro, es precisamente el concepto de publicidad, que a los fines que en estos momentos interesan, nos brinda ciertas ideas esclarecedoras. Todo

ello, con independencia del agotamiento del modelo en su vertiente proceso- medios de comunicación - opinión pública<sup>497</sup>.

Quizás erramos en las ideas, como quizás también en el uso de la terminología, cuando optamos por diferenciar entre la actuación sin conocimiento del sujeto investigado, de aquellas otras actuaciones, más generales, totales en unos casos parciales en otros, que atenuarían la posición privilegiada que referimos unas líneas más arriba, la declaración del secreto sumarial. Sin embargo, podríamos justificar tal diferenciación, principalmente, por la distinta vinculación que ambas presentan con el actual concepto de publicidad procesal.

Para explicar lo anterior, partimos de considerar que la observación de las comunicaciones se vinculará con la estricta ausencia de conocimiento mientras que el secreto sumarial, sea total sea parcial, se corresponden con la ausencia de publicidad, en cualquiera de las ya mencionadas modalidades. Dos cuestiones radicalmente dispares en sus consecuencias. Levantado que sea el secreto sumarial las actuaciones serán públicas para las partes, siempre lo fueron para el Ministerio Público así como para el resto de la Sociedad. Por el contrario, nunca hasta el momento procesal oportuno, se podrá pretender conceder publicidad al resultado de la medida cautelar. He aquí la principal diferencia entre ambos conceptos en cuanto a la materia que tratamos. La puesta en conocimiento de los resultados obtenidos se articula respecto de las partes personadas, con merma de los derechos fundamentales del sujeto intervenido en sus comunicaciones si trascendiera a la opinión pública el contenido de un material con carácter de fuente de prueba. Vaya por delante que dicha filtración- afectación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, resulta totalmente ajena a la investigación criminal y no se justifica en el ámbito propio del proceso penal posterior. A tal efecto, el citado art. 301 LEcrim dispone que las diligencias del sumario sean secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones legalmente establecidas.

---

<sup>497</sup> El tradicional enfoque propio del proceso civil permite considerar el derecho a la intimidad desde la perspectiva del derecho a la información, que ha de reunir unos atributos específicos, es decir, relevancia pública y veracidad. Ahora bien, tales planteamientos deben acomodarse a las especificidades propias del proceso penal, donde convergen, además de los derechos citados, la presunción de inocencia del sujeto pasivo. Asimismo, la especial naturaleza secreta de la investigación penal, donde aquello que pueda ser considerado veraz en un momento determinado, vistos los resultados obtenidos en el trascurso de lo investigado, sea posible deducir justamente lo contrario. La información veraz en el proceso penal se delimita con la sentencia.

De otro lado, entendemos que la notificación de la declaración del secreto de sumario podría hacer perder cierta fiabilidad a la medida cautelar limitativa del derecho al secreto de las comunicaciones. Efectivamente, supone alertar al sujeto investigado, más aún si desconoce los cargos que contra el mismo se formulan, de la existencia de una investigación penal en curso. Pues no se notifique hasta la fecha legalmente establecida. Posponer la inmediata notificación de la declaración del secreto de sumario pueda resultar un instrumento de enorme utilidad en la investigación de delitos graves enmarcados en el seno de organizaciones criminales. Ahora bien, la Ley de Enjuiciamiento Criminal se dictó con vocación de ser cumplida, al menos no se discutirá que esa fue la intención del Legislador. Y por tanto, no puede admitirse, esgrimiendo razones de lógica e interpretación jurídica, que los arts. 302 y 118 ambos LEcrim, puedan ser subsumidos en el contenido del art. 579 LEcrim. Cabría entonces considerar el estado en que se encuentran las actuaciones. Si no se ha procedido a la formulación y traslado cargos, necesariamente se deberá dar cumplimiento al art. 118 LEcrim, en garantía de los derechos fundamentales del sujeto sometido a investigación. La formulación y traslado cargos será excepcionable en aquellos casos permitidos por el art. 302 LEcrim. Pretender desapoderar al sujeto investigado de los derechos procesales que la asisten vía art. 579 LEcrim, es decir, a tenor de la regulación de una mera diligencia de investigación resulta cuanto menos cuestionable. Sin embargo, si se ha procedido a la formulación y traslado de cargos, aun cuando sería preferible, y legalmente exigible, la declaración de secreto sumarial, los efectos potencialmente maliciosos de la falta de observancia del contenido del art. 302 LEcrim se podrían reducir sensiblemente, por cuanto el imputado, ya asistido de su letrado, conoce la existencia de la investigación penal.

Por último, entendemos que la remisión del carácter secreto de las actuaciones a la naturaleza de la observación de comunicaciones puede suponer un serio menoscabo del derecho del sujeto investigado a conocer las razones fácticas y jurídicas que fundamentan ambas medidas y la oportunidad de someter las mismas al buen juicio de un órgano judicial competente en segunda instancia. Observación de comunicaciones y secreto de sumario aun cuando podrían encontrar numerosos puntos de encuentro respecto de los fundamentos que justifican una y otra medida, disponen unos efectos sobre los derechos fundamentales del sujeto investigado y unas consecuencias



materiales de índole diversa, y ello aconseja que la motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos se realice de forma separada.

Por todo ello, aun admitiéndose las razones no precisadas de eficacia investigadora, en las diferentes resoluciones de la Sala Segunda del Alto Tribunal, que dicho sea de paso podría suponer hacer oídos sordos acerca del contenido del art. 118 y 302 LEcrim, tales argumentos no pueden ser compartidos precisamente en base a la dualidad de plazos antes mencionada. Deducir la declaración del secreto de sumario implícita en la decisión de afectar las comunicaciones también podría significar la creación de un oscuro espacio de intervención desde el momento en que se sobrepase el plazo máximo de un mes previsto para el secreto de sumario. Aun cuando la diferencia de plazos fuera solventada, la postura que aquí se asume reitera la exigencia de declaración del secreto sumarial con antelación, o bien de forma simultánea, a la decisión de limitar el derecho al secreto de las comunicaciones. Como se mantiene en la antes mencionada STS de 5 mayo de 1997 (F. J. 3º):

*“Tampoco podemos acoger la postura opuesta que considera implícita la declaración de secreto cuando se acuerda una observación telefónica, so pena de entender ésta inútil y absurda, pues la Ley procesal está para cumplirse y el adecuado juego de los arts. 118 y 302 de la LECr, antes explicado, no deja otra opción que la obligatoriedad de su cumplimiento: no cabe excluir la comunicación de la existencia del procedimiento penal a los imputados, impuesta por el art. 118 si no se adopta al mismo tiempo la medida de secreto permitida por el 302.”*

### **III. LAS PREVISIONES CONTENIDAS EN EL APARTADO CUARTO DEL ART. 579 LECRIM.**

Hasta el momento han quedado someramente apuntadas las líneas generales que informan la práctica ordinaria de la observación de las comunicaciones, pasando ahora a desarrollar los aspectos que hacen lo propio respecto de la suspensión prevista constitucionalmente para con el derecho al secreto de las comunicaciones. Evidentemente, se ha de reconocer que han quedado relegadas diversas cuestiones procesales de sumo interés en la materia, véase el cumplimiento de los requisitos de legalidad ordinaria o bien la posibilidades probatorias que presentan los resultados obtenidos con la medida. Sin embargo, como apuntábamos al inicio, el objeto de este

Capítulo radica, precisamente, en la suspensión prevista en el art. 55.2 CE, por lo que no se ha considerado necesario incidir más allá de lo realizado en cuanto a las reglas generales que tutelan la observación, aportándose las sucintas notas esenciales como para poder dirimir un mejor análisis de la referida suspensión<sup>498</sup>.

## **1. Ámbito de aplicación.**

En desarrollo del art. 55.2 CE, se dispone la posibilidad de acordar la limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, prescindiendo de la garantía judicial que el art. 18.3 CE impone. Para ello, la intervención gubernativa de las comunicaciones se ha rodeado de una serie de condicionantes cuya observancia presupone la conformidad a Derecho de la medida. Tales extremos se contienen principalmente en la constatación del carácter urgente de la observación, la especialidad delictiva para la que está pensada, así como la determinación de las comunicaciones susceptibles de ser intervenidas por esta vía. Junto a ello, se ha de añadir el cumplimiento de las normas de procedimiento, que el mismo art. 579.4 LEcrim establece, y la exigencia de justificar la adopción de tales medidas.

### **1.1. El carácter urgente de las actuaciones a practicar.**

Se constituye como primer y sustancial requisito que ha de informar la observación de las comunicaciones de persona determinada sin la necesaria exigencia de autorización judicial previa.

Algunas precisiones al respecto. La constatación del carácter urgente de determinadas modalidades de observación de comunicaciones, como por ejemplo las telefónicas, presenta ciertos obstáculos. La duda surge sobre la base que sustenta dicho previo conocimiento del estado de preparación y consumación del tipo delictivo investigado, lo cual entiende la autoridad gubernativa que otorga carácter imprescindible a la intervención, resultando necesario actuar con urgencia. Cómo saber qué comunicaciones deben ser intervenidas de forma tan inminente que no ha lugar a solicitar la autorización judicial habilitante sino después de que la limitación del derecho fundamental se haya efectivamente practicado. Y sin embargo sí que resulta

---

<sup>498</sup> Respecto de la regulación contenido en el art. 282 bs. LEcrim, puede acudir a ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *El policía infiltrado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

posible contar con autorización gubernativa habilitante. Asimismo, habría que preguntarse cómo resulta posible contar *in situ* con todo un operativo de observación de comunicaciones orales privadas<sup>499</sup> o solicitar la observación de las comunicaciones telemáticas o telefónicas a la empresa o sistema competente, vista la premura que previene el precepto<sup>500</sup>.

Por el contrario, dicha urgencia en la inmediata intervención de comunicaciones podría encontrarse implícita en determinadas modalidades de comunicación, como por ejemplo puedan ser aquéllas canalizadas a través de medios informáticos cualificados por las especialidades que permiten en cuanto a la transmisión y recepción de información telemática<sup>501</sup>.

¿Y cómo se concede entonces legitimidad al carácter urgente de la intervención? Como afirma REMOTTI CARBONELL, el carácter urgente sugiere la inmediatez de la medida pues en caso contrario, si se siguiera el procedimiento ordinario, se restaría la pretendida eficacia a la investigación<sup>502</sup>. De dicha urgencia e inmediatez se ha de desprender entonces la imposibilidad de acudir al órgano judicial competente sin poner en serio riesgo el devenir de la investigación<sup>503</sup>.

Por tanto, si la previsión del art. 55.2 CE permite suspender la garantía judicial que informa el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, siempre y cuando

---

<sup>499</sup> Respecto de las comunicaciones orales, puede acudirse a NOYA FERREIRO, *La intervención de comunicaciones orales directa en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

<sup>500</sup> La cuestión resulta menos controvertida respecto de la medida cautelar de intervención domiciliaria, donde el propio concepto de flagrancia delictiva informa positivamente la urgencia y necesidad de practicar las oportunas actuaciones.

<sup>501</sup> Conviene matizar que no es posible deducir el carácter urgente en una comunicación vía correo electrónico, con la misma intensidad que en la transmisión de datos a través de programas especializados.

<sup>502</sup> REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo: la suspensión individual de derechos y garantías*, ob. cit., p. 197.

<sup>503</sup> Sostiene LÓPEZ YAGUES, *La inviolabilidad de las comunicaciones del abogado defensor*, ob. cit., (ref. de 12 de octubre de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), que si la iniciativa de los órganos gubernativos ha de compatibilizarse con el respeto de las máximas garantías constitucionales, parece obligado admitir que la restricción del derecho a partir de inferencias por parte de los poderes públicos ha de proceder únicamente si la intervención del juez se convierte en un obstáculo insuperable para el logro de los objetivos que con la medida se persiguen -esto es, la investigación de actividades terroristas o rebeldes, como fin inmediato, y el más remoto de lucha y erradicación definitiva del fenómeno- y sólo desde el momento en que lo sea; y aun en ese supuesto, lejos de faltar, el control jurisdiccional debe sólo posponerse.

concurran razones de urgencia, tales argumentos habrán de ser debidamente valorados, a tenor de las circunstancias específicas del caso, y justificados previa determinación de hechos, personas y la vinculación de éstas últimas con los supuestos que contempla la suspensión.

De otro lado, aun cuando las razones urgentes son previamente consideradas por la autoridad gubernativa, la obligación impuesta a la misma de motivar la medida brinda los elementos necesarios para poder apreciar posibles arbitrariedades. Como sostiene LAMARCA PÉREZ, aun siendo un concepto jurídico indeterminado es susceptible de un posterior control judicial por cuanto las posibilidades de urgencia e inmediatez son extremos determinables<sup>504</sup>. La delimitación del carácter urgente de la medida, fundamento primario de una correcta motivación gubernativa, se contendrá entonces en la justificación que se aporte, a partir de la cual poder inferir su adecuación a los parámetros constitucionales que han de informar el quebranto del derecho fundamental referido.

Por último, la limitación gubernativa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones requiere que tales razones de urgencia sean interpretadas de forma restrictiva, exigiéndose, junto a lo anterior, la inmediata comunicación motivada al juez competente, *“motivación que debe incluir, desde luego, las razones de urgencia que justifiquen la ordenación gubernativa de la medida”* (STC 199/1987, de 16 de diciembre (F. J. 10º).

En conclusión, las reglas jurisprudenciales que determinan la concurrencia de urgencia en la práctica de una intervención de comunicaciones acordada gubernativamente, rodean la limitación del derecho fundamental de toda una serie de garantías que permitirían su valoración posterior por parte de un órgano judicial competente.

---

<sup>504</sup> LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, ob. cit., p. 420.

## 1.2. La especialidad delictiva prevista en el art. 579.4 LEcrim.

Una de las críticas más frecuentes que se han vertido sobre la regulación contenida en el art. 579 LEcrim ha sido la desatención que supone respecto de los tipos delictivos susceptibles de justificar la limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Nada recoge la Ley Procesal Penal al respecto. Una vez más se habrá de acudir a la función creadora de Derecho que informa la práctica judicial para solventar tal indeterminación conceptual<sup>505</sup>.

Como advertimos anteriormente, se ha convenido la utilización de la medida para con delitos graves o bien, atendiendo a la gravedad de las infracciones no sólo por razón de la cuantía de la pena prevista sino también en referencia al bien jurídico protegido y a la relevancia social de la infracción. Sin embargo, en lo que concierne al apartado cuarto del precepto legal que nos encontramos analizando, la cuestión no deja lugar a dudas: los únicos tipos delictivos a cuyo respecto puede ser acordada gubernativamente la observación de las comunicaciones prevista en el apartado tercero del citado artículo, son aquellos relacionados con la actuación de bandas armadas, elementos terroristas o rebeldes.

---

<sup>505</sup> Como sostiene DE LLERA SUÁREZ – BÁRCENA, «La observación de las comunicaciones telefónicas», en *El proceso penal*, ob. cit., (ref. de 1 de octubre de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), el problema fundamental radica en la inidoneidad de la jurisprudencia para constituir una verdadera norma jurídica que regule las condiciones para la limitación de un derecho fundamental, cubriendo las garantías normativas tanto del art. 18.3 CE como del art. 8 CEDH. En efecto, partiendo de que el art. 8 CEDH exige la previsión de las condiciones de limitación del derecho en normas del ordenamiento interno suficientemente claras y precisas, y con las debidas garantías, la única oportunidad de supervivencia constitucional de las escuchas telefónicas en nuestro Derecho la ofrecen los esfuerzos de la doctrina del TC y la jurisprudencia del TS, sobre todo a partir del conocido Auto de 18 junio 1992 (Caso Naseiro), esfuerzos que han sido reiterados por el TS hasta nuestros días (para un resumen de la doctrina jurisprudencial puede acudirse a la STS de 2 diciembre de 1997). No obstante existen muy serias dificultades para cubrir las exigencias del art. 8.2 CEDH en un sistema jurídico de *statute law* como el español, sobre todo por la falta de accesibilidad y previsibilidad de la norma para los ciudadanos destinatarios, y choca con la exigencia del art. 81.1 CE, que sólo admite la Ley Orgánica como medio adecuado para regular los derechos fundamentales. Citado en MORENO CATENA, «Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal», en *Prueba y proceso penal*, ob. cit., (ref. de 1 de octubre de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

### 1.3. Comunicaciones susceptibles de observación a tenor del art. 579.4 LEcrim.

El precepto citado nos remite expresamente a su apartado anterior para establecer las comunicaciones que podrán ser afectadas mediante decisión gubernativa, esto es:

- a. Las de aquellas personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal.
- b. Las comunicaciones de las que se sirvan las mismas para la realización de fines delictivos.

En el primero de los apartados no se plantean mayores dificultades, atendidos los requisitos antes mencionados, sin embargo, la cuestión se complica en el segundo de los supuestos. En efecto, se permite la observación de las comunicaciones de personas no imputadas o sobre las que ni tan siquiera recae indicio alguno de responsabilidad criminal, sin que, en el caso del art. 579.4 LEcrim, se exija una previa decisión judicial que autorice tales prácticas. Quizás convenga volver a traer a colación las razones expuestas respecto de la posibilidad de intervenir el potencial entramado y respaldo social que pueda tener el sujeto investigado o la propia organización en que el mismo se inserte.

Como ya se soslayó, tales premisas permitirían una interpretación, desafortunada pero posible, que al ser acogida podría suponer que:

- a) Toda persona pudiera ser potencialmente afectada en sus comunicaciones desde el momento en que se afirme la existencia de indicios criminales que recaen no sobre ésta, sino sobre tercero del que se cree, sin mencionar nota de razonabilidad alguna, utiliza tales comunicaciones con fines instrumentales respecto de determinados delitos.

Afirma TERRADILLOS BASOCO<sup>506</sup>, que la utilización de comunicaciones con fines instrumentales al delito ha de ser efectiva, debiendo quedar constancia de que los sujetos presuntamente responsables vienen utilizando tales comunicaciones. En caso contrario, la medida deberá ser considerada arbitraria.

---

<sup>506</sup> TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y derecho: comentario a las leyes orgánicas 3 y 4 de reforma del Código Penal y de la ley de enjuiciamiento criminal*, ob. cit., p. 122.

Asimismo, la valoración de los indicios objetivos presentes en el caso resultará esencial para determinar la instrumentalidad de dichas comunicaciones. Presente la necesaria vinculación entre la suficiencia de los mismos y la persona concreta cuyas comunicaciones se conviene intervenir, así como, delimitar claramente las razones que informan la pertinencia de dicha intervención.

b) El art. 579.3 LEcrim permite la observación de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos, lo cual plantea ciertas dudas sobre si debemos entender que la medida procede frente a quien desconoce el delito, o bien, está pensada respecto de aquellas personas que de forma consciente son utilizadas para con tales fines.

En el primero de los casos, la oportunidad de aplicación generalizada podría suceder, mientras en el segundo de los supuestos, tales individuos se podrían integrar en alguna de las formas de participación delictiva prevista en el Código Penal. En opinión de REMOTTI CARBONELL, para salvar la desproporción que presentan tales medidas, las mismas sólo debieran ser aplicables en relación con sujetos implicados en el *itinere* delictivo pues en cualquier otro caso, la medida devendría inconstitucional<sup>507</sup>.

Debemos diferenciar entonces aquellas situaciones en que el sujeto investigado se sirve de aparatos de comunicación cuya titularidad corresponde a otro sujeto, de aquellas situaciones donde la instrumentalidad se manifiesta con una menor notoriedad, y por tanto, la correcta articulación de la delimitación casual del material que arroje la investigación en curso determinará la adecuación de las actuaciones a los parámetros jurisprudencialmente desarrollados. A tal fin, creemos que la intención primaria de la norma resulta en la cobertura de los supuestos que plantean comunicaciones realizadas

---

<sup>507</sup> REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo: la suspensión individual de derechos y garantías*, ob. cit., pp. 314 y 315.

por el sujeto investigado a través de instrumentos cuya titularidad le es ajena<sup>508</sup>. Los ejemplos más claros, desde el teléfono sito en un establecimiento público, o el terminal propiedad de persona distinta del sujeto investigado, las comunicaciones vía internet, estando asociada la línea a una tercera persona, etc.<sup>509</sup>.

c) No parece que la proporcionalidad que informa toda medida limitativa de derechos fundamentales juegue un rol fundamental en tales decisiones por cuanto la medida se podría llegar a aplicar, como se ha dicho, con vocación de generalidad<sup>510</sup>.

En resumen, la observación de las comunicaciones instrumentales al delito debiera plantearse, previa consideración de los parámetros constitucionales mencionados, partiendo de su uso restringido y de la efectividad en la utilización de las

---

<sup>508</sup> Por otro lado, cuando el control se ejerce, como suele ser normal, sobre las comunicaciones telefónicas empleadas por la persona objeto de observación, la realidad demuestra que al establecer el control de un determinado teléfono, éste es utilizado para comunicar por otras personas, además del sujeto observado. Estas consideraciones suscitan el problema de determinar la licitud de tales observaciones pluripersonales. La cuestión, que en tiempos anteriores fue objeto de discusión, aparece hoy resuelta por el texto del art. 579 LECRIM, posibilidad que ha contemplado la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. DE LLERA SUÁREZ – BÁRCENA, «La observación de las comunicaciones: disposiciones generales», en *El proceso penal*, ob. cit., (ref. de 1 de octubre de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com). Así, la STS de 18 de marzo de 1994 (F. J .4º): “Dado que la solicitud de autorización judicial para la intervención del teléfono (...) lo fue en función de las investigaciones dirigidas a conocer las actividades de José R. C., conviviente con aquélla en el domicilio en el que se halla instalado el teléfono (ff. 27, 28 y 30). Obvio resulta, y ésa es la intención de la norma procesal invocada, la posibilidad de intervención de teléfono de persona no imputada, ni, en principio, objeto de sospecha de una intervención directa, cuando tal teléfono es el que utiliza o del que se sirve el sujeto sobre el que existen indicios de actuación criminal, para la mejor planificación y desarrollo de sus propósitos delictivos. El fruto y acierto de ello queda evidenciado con las transcripciones obrantes en la causa.”

<sup>509</sup> Como sostiene DE LLERA SUÁREZ – BÁRCENA, «La observación de las comunicaciones telefónicas», en *El proceso penal*, ob. cit., (ref. de 1 de octubre de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), debe fijarse con claridad el medio o medios de comunicación a los que alcanza la medida, especificando, si se tratara de intervenciones telefónicas, el número de teléfono; por lo general, se tratará de una línea telefónica propiedad del imputado, pero nada quita para que su titular sea otra persona, como en el caso de establecimientos públicos, pero entonces la intervención no puede extenderse a conversaciones ajenas al destinatario.

<sup>510</sup> Sostiene RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento criminal: octava lectura constitucional*, ob. cit., 2006, p. 208, que aun cuando suponer que el precepto autoriza la pesquisa general con carácter inquisitivo resultaría un despropósito, el riesgo de que se pueda pensar así aconseja la inmediata revisión de la norma.



comunicaciones a intervenir para con tales fines, lo que a su vez, podría ser constatado a partir de los indicios objetivos de que se disponga.

## **2. La determinación de los órganos competentes para acordar la observación de las comunicaciones.**

Retrotrayéndonos unas líneas más arriba, el art. 18.3 CE garantiza el secreto de las comunicaciones, y en particular, de las postales, telegráficas y telefónicas, si bien se prevé su limitación en virtud de resolución judicial al efecto. La actuación judicial, en este caso, se convierte en garante del propio derecho, puesto que sólo mediante ésta se podrá restringir aquél. Ahora bien, la citada garantía judicial será susceptible de suspensión en las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, desde el momento en que se regula, mediante Ley Orgánica, la eventual facultad del Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de Seguridad del Estado, para autorizar la observación de comunicaciones sin recabar, en los supuestos anteriores y con determinadas condiciones, la necesaria autorización judicial previa (art. 579.4 LEcrim).

De esta forma, en materia de competencia diferenciaremos dos posibilidades, pues la observación de las comunicaciones podrá ser acordada, bien por la autoridad gubernativa, sobre la base de lo que a continuación se explicitará, bien por los órganos judiciales competentes.

### **2.1. La observación de comunicaciones acordada por la autoridad gubernativa.**

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de la observación de comunicaciones acordada por la autoridad gubernativa en la STC 199/1987, de 16 de diciembre, en referencia al recurso de inconstitucionalidad planteado frente a la Ley Orgánica 9/1984 de 26 de diciembre, cuyas apreciaciones son plenamente valorables desde la perspectiva de la actual regulación.

En primer lugar, descartó que en virtud del art. 55.2 CE pudiera deducirse una inicial competencia gubernativa para decidir sobre la observación de las comunicaciones ya que el precepto “*no autoriza a la ley a suprimir de forma general y para todos los casos en aras de una mayor efectividad de la suspensión del derecho, la previa intervención judicial*” (F. J. 10º). Ciertamente, en virtud del precepto constitucional no podemos

deducir la competencia inicial de la autoridad gubernativa para ordenar la observación de comunicaciones, sin embargo, la cuestión no es tan clara una vez considerado lo establecido en la legislación de desarrollo. En efecto, también en los tipos delictivos previstos en el art. 55.2 CE se exige resolución judicial previa a la observación de las comunicaciones. Ahora bien, una vez valoradas las específicas circunstancias concurrentes, afirmando el carácter excepcional y el restringido uso de la observación gubernativa deberemos concluir que tal competencia, aun no siendo inicial, existe: la autoridad gubernativa está facultada para acordar la observación de las comunicaciones en los casos previstos, por un período de tiempo limitado, y atendidos los requisitos exigidos.

En segundo lugar, la citada Sentencia constitucional sostuvo que si el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones requiere de resolución judicial que acuerde llevar a cabo su limitación, la suspensión prevista constitucionalmente afecta, precisamente, “*a esa exigencia de resolución judicial, que es contenido típico del derecho*” (F. J. 10º). Sin lugar a dudas así se ha venido entendiendo: la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones prevista constitucionalmente afecta a la garantía judicial del mismo. La suspensión hace referencia precisamente a la posibilidad de que se acuerde la observación de comunicaciones sin resolución judicial previa en los tasados supuestos. Más allá de la garantía judicial no hay suspensión posible en la materia sin que se vulneren los límites establecidos.

En tercer lugar, se mantiene como regla general la necesidad de resolución judicial al respecto, si bien, excepcionalmente, en determinados supuestos “*cualificados por la urgencia y durante un tiempo limitado*” (F. J. 10º), se permite la observación de las comunicaciones por decisión gubernativa. Como afirma la citada STC 199/1987, la regla general se corresponde con la previa intervención judicial, mientras la excepción radica en la viabilidad de poder decidir la observación de las comunicaciones en sede gubernativa. Sin embargo, la misma esencia de la medida, en su aplicación, es ya excepcional, pues se configura como un instrumento limitativo de derechos fundamentales. De tal forma, nos encontramos con que:

- a) Entre la opción de observación o no observación, la regla informa la segunda mientras la excepción hace lo propio con la primera.

b) Una vez decidida la observación, acogiéndose la excepción en detrimento de la regla, la previa autorización judicial es pauta ordinaria mientras la adopción gubernativa será extraordinaria.

En conclusión, aparecen dos excepciones que si bien operan en dos momentos contiguos, vienen referidas a un mismo hecho delictivo. Un primer momento viene referido a la opción inicial de acordar la medida, esto es, la decisión preliminar de afectar un derecho fundamental, y su correlativo, esto es, un segundo instante que se corresponde con la excepcionalidad que representa la adopción de una medida limitativa de derechos fundamentales decidida, por tiempo limitado y ante razones de urgencia, por un órgano gubernativo. A su vez, la excepcionalidad que representa dicha atribución competencial desemboca en la creación de unas normas de procedimiento que se articulan, precisamente, para mejorar el adecuado control judicial posterior de la limitación acordada gubernativamente.

## 2.2. Observación de comunicaciones acordada previa resolución judicial.

La observación de las comunicaciones podrá ser acordada, *ab initio*, por la autoridad judicial competente o bien se puede entender que la decisión judicial, una vez efectiva la limitación, posee un matiz convalidante, caso en que se decida confirmar la medida acordada gubernativamente. En ambos casos la solución a la que llegamos resulta similar pues el órgano judicial competente para conocer de la instrucción de la causa, será a su vez competente tanto para acordar o ratificar la medida, como para controlar el desarrollo y ejecución de la misma<sup>511</sup>. Como afirma DE LLERA SUÁREZ - BÁRCENAS, el juez competente para adoptar la medida, dada su finalidad de investigación y comprobación de hechos o circunstancias relacionadas con un delito, ha de ser un juez con jurisdicción penal y, entre ellos, por razón de la naturaleza del hecho investigado, el juez de instrucción, único competente para instruir el sumario (art. 303

---

<sup>511</sup> Ya lo puso de manifiesto BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «Garantías en la constitución ante la suspensión de derechos fundamentales», en *Sistema*, 1981, nº 42, p. 76, al afirmar que la intervención del juez no puede reducirse a la conformidad o no o con la adopción de la medida, sino que debe ejercer un control sobre la utilización y aplicación de la misma. A su vez, FERNÁNDEZ SEGADO, *La suspensión individual del ejercicio de derechos fundamentales*, en *Revista de estudios políticos*, ob. cit., p. 156, sostuvo que la intervención del juez no puede quedar limitada a confirmar o revocar una decisión gubernativa (...), por el contrario, en los supuestos en que se produzca la suspensión individual, la autoridad judicial deberá mantener una intervención permanente.

LECRIM)<sup>512</sup>. Por tanto, como advertimos *supra*, serán los Juzgados Centrales de Instrucción los órganos judiciales competentes para adoptar, o bien para decidir sobre la afectación de las comunicaciones dispuesta por la autoridad gubernativa, convalidando o desautorizando su práctica, y más aún, en ambos casos, controlando el recorrido de la misma.

De nuevo, críticamente se viene a significar la incertidumbre que tal atribución podría suponer para con el principio de inmediación judicial, entendido en los términos anteriormente expuestos, desde la posición que ocupa el sujeto investigado. Evidentemente, la atribución competencial centralizada conlleva más perjuicios que beneficios para con los derechos, posibilidades y cargas de los sujetos sometidos a investigación.

Sin embargo, en materia de observación de comunicaciones, la relación circunstanciada del material de que dispone la autoridad gubernativa, se documenta normalmente en forma escrita así como en soporte que permite su posterior reproducción, sin que los resultados de tales investigaciones sean sometidos a la contradicción de las partes durante el desarrollo de las mismas. A su vez, la autoridad judicial competente podrá hacer comparecer ante sí a los miembros actuantes de la autoridad gubernativa al objeto de poder interpelar respecto del resultado de las investigaciones, sea un órgano judicial centralizado o no lo sea. Como sostiene GUZMÁN FLUJA, la inmediación en la instrucción es equivalente a garantía de cumplimiento u observancia de la legalidad prescrita para la realización del acto<sup>513</sup>.

En conclusión, desde la perspectiva investigadora, la atribución competencial de tales cuestiones a los órganos judiciales centralizados no debería suponer una merma excesiva de los derechos fundamentales del sujeto investigado.

---

<sup>512</sup> DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, «La observación de las comunicaciones telefónicas», en *El proceso penal: doctrina, jurisprudencia y formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 1420 y 1421.

<sup>513</sup> GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 172.

### **3. El cumplimiento de la exigencia de motivación de las resoluciones limitativas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.**

El art. 579.4 LEcrim impone una doble exigencia de motivación, por cuanto establece la obligada justificación tanto de la decisión gubernativa de restringir el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones como del posterior razonamiento judicial, convalidando o desautorizando la decisión gubernativa inicial. Si bien, los presupuestos que informan ambas obligaciones de motivación difieren en función del órgano, judicial o gubernativo, llamado a dar cumplimiento a tal exigencia.

Desde la STC 49/1999, de 5 de abril (F. J. 7º), se entiende que forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga. Éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, (F. J. 4º), 167/2002, de 18 de septiembre (F. J. 2º), 197/2009, de 28 de septiembre, (F. J. 4º) entre otras.)<sup>514</sup>.

#### **3.1. La exigencia general de motivación judicial.**

Como ya se afirmó<sup>515</sup>, la exigencia constitucional de motivar las medidas limitativas de derechos fundamentales supone la exteriorización de las razones fácticas y jurídicas que informan su adopción. La resolución judicial adoptará forma de auto donde se expresarán, con la necesaria suficiencia, las circunstancias del caso concreto y la

---

<sup>514</sup> Más recientes, SSTC 26/2010, de 27 de octubre y 72/2010, de 18 de octubre.

<sup>515</sup> Respecto de los parámetros motivacionales que han de estar presentes en las resoluciones judiciales que acuerden la limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones nos pronunciamos al inicio del presente Capítulo.

aplicación al mismo de las normas jurídicas existentes (STS de 16 de febrero de 2007 (F. J. 2º))<sup>516</sup>.

### 3.2. La exigencia de motivación judicial respecto de la posibilidad de prorrogar la situación de observación de las comunicaciones.

Si la resolución judicial en la que se acuerda la limitación inicial del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ha de venir suficientemente motivada, otro tanto de la misma especie habrá de exigirse en relación a las oportunas prórrogas que pudieran decretarse. Se requerirá una suficiente motivación tanto del auto inicial en el que se acuerde la medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones como de aquellas otras resoluciones judiciales que ordenen las eventuales prórrogas posteriores.

### 3.3. Motivación judicial por remisión.

En la práctica se ha venido admitiendo cumplido el requisito de motivación de la medida limitativa por remisión al oficio policial en el que se insta la autorización judicial para proceder a la práctica de la misma. Si bien, ha entendido la doctrina que de dicha remisión ha de poder extraerse *“los elementos necesarios (...) para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales*

---

<sup>516</sup> Ahora bien, continua afirmando la citada STS de 16 de febrero de 2007: *“ello no requiere la expresión detallada de los datos fácticos objetivos en que se ha de basar, pues precisamente es para saber más sobre ellos para lo que se acuerda la intervención telefónica, y, además, basta con que las fuerzas policiales expresen con claridad sus sospechas de la comisión posible de delito, para que, sobre esa base y teniéndola en cuenta, el juez acuerde la intervención. Ésta habrá de referirse a una mejor averiguación de hechos que puedan ser delictivos, y nunca decretarse con fines prospectivos y de averiguación de cualquier clase de delincuencia en general.”*

*que la proporcionalidad de la medida conlleva*” (STC 253/2006, de 11 de septiembre (F. J. 2º))<sup>517</sup>.

Como se sostuvo en los Capítulos precedentes, la mera remisión al oficio policial no debería comprender la suficiencia de la exigencia de motivación, sino ser contenido de la misma, para que una vez valorados los argumentos que se exponen en el mismo, el órgano judicial competente, y no otro, decida la procedencia de la medida limitativa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, plasmando en la correspondiente resolución judicial las razones por las que se acuerda o desautoriza su práctica. Volvemos a suscribir los argumentos de COLOMER HERNÁNDEZ<sup>518</sup>, al mostrar frontal oposición a la posibilidad de motivación por remisión externa en la adopción de medidas restrictivas del ejercicio de derechos fundamentales.

#### 3.4. La exigencia de motivación impuesta a la autoridad gubernativa.

Del tenor literal del apartado cuarto del precepto analizado podemos deducir una doble exigencia de motivación, esto es, tanto la decisión inicial gubernativa como la resolución judicial posterior que acuerde revocar o confirmar la medida de observación, habrán de estar debidamente justificadas.

---

<sup>517</sup> STS de 18 de abril de 2013 (F. J. 6º). *“la motivación por remisión no es una técnica jurisdiccional modélica, pues la autorización judicial debería ser autosuficiente (STS núm. 636/2012, de 13 de julio). Pero la doctrina constitucional admite que la resolución judicial pueda considerarse suficientemente motivada sí, integrada con la solicitud policial, a la que se remite, o con el informe o dictamen del Ministerio Fiscal en el que solicita la intervención (STS núm. 248/2012, de 12 de abril), contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (doctrina jurisprudencial ya citada, por todas STC 72/2010, de 18 de octubre). Resultando en ocasiones redundante que el Juzgado se dedique a copiar y reproducir literalmente la totalidad de lo narrado extensamente en el oficio o dictamen policial que obra unido a las mismas actuaciones, siendo más coherente que extraiga del mismo los indicios especialmente relevantes (STS núm. 722/2012, de 2 de octubre).”*

<sup>518</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, ob. cit., (ref. de 13 de febrero de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com). Asimismo, GIMENO SENDRA, «La prueba preconstituida de la policía judicial», en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, ob. cit., (ref. de 1 de octubre de 2012), disponible en Web: [www.raco.cat](http://www.raco.cat), mantiene que aun cuando exista alguna resolución, como es el caso de la STC 49/1999 que obliga a efectuar una minuciosa e individualizada motivación, lo cierto es que la doctrina hoy mayoritaria es la contraria, esto es, la que permite autorizaciones judiciales a través de la motivación «por remisión» a la solicitud policial, que puede fundarse en meros indicios e incluso en delaciones de «confidentes».

Ahora bien, el objeto esencial de justificación es claramente diferenciable según el órgano encargado de llevar a efecto la obligación referida. Mientras la exigencia de motivación de la resolución judicial se satisface mediante la exteriorización de las razones fácticas y jurídicas que justifican el sacrificio del derecho fundamental, lo que a su vez permite el control posterior de la medida, la obligación de justificar la afectación gubernativa del derecho fundamental referido viene presidida por la concurrencia de las citadas razones urgentes. La autoridad gubernativa habrá de acreditar, motivadamente, la imposibilidad de recabar la oportuna decisión judicial previa, puesto que de no haberse actuado con inmediatez se haría peligrar, de forma inminente y determinante, la investigación sobre hechos delictivos de especial gravedad. El elemento sustancial de la motivación gubernativa se circunscribe a tales parámetros ya que faltando éstos no tendría razón de ser la actuación gubernativa, pues se habría podido acudir al órgano judicial competente para que decidiera al respecto. Y todo ello, debe a su vez incluirse en el acervo que permite potenciar la eficacia, y previsible mejor éxito, de las tareas investigadoras.

Evidentemente, se habrá de plasmar en dicha motivación las cuestiones antes mencionadas, indicios concurrentes, determinación personal y delictiva, etc.; pero todo ello, resulta ser el paso subsiguiente a la consideración de la premura que sostiene el precepto, por cuanto sin urgencia e inmediatez carece de sentido la intervención gubernativa.

#### **4. Cuestiones de procedimiento relativas a la observación de comunicaciones prevista en el art. 579.4 LEcrim.**

Resta por dilucidar los extremos que informan las normas de procedimiento a partir de las cuales se configura la observación gubernativa de las comunicaciones, incidiendo tanto en la exigencia de comunicación al órgano judicial competente como en la forma de computar los plazos de duración previstos respecto de la observación de las comunicaciones.



#### 4.1. La comunicación gubernativa al órgano judicial competente: la necesidad de un control judicial efectivo.

Una vez acordada la medida, observadas las premisas de urgencia y motivación recién desarrolladas, se habrá de comunicar la misma, de forma inmediata, mediante escrito motivado, al órgano judicial competente, quien a su vez revocará o confirmará justificadamente la decisión gubernativa en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que la medida fue ordenada<sup>519</sup>. Como puede apreciarse, la exigencia de comunicación contenida en el art. 579.4 LEcrim se compone tan sólo de la genérica obligación de comunicar, la forma en que dicha comunicación se ha de efectuar y la inmediatez con que la misma es requerida, sin que se haga referencia alguna a su

---

<sup>519</sup> A tenor de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones se impone la obligación para los operadores de telecomunicaciones de conservar durante un periodo de doce meses datos relativos a la comunicación telefónica o telemática. No sin fundadas críticas sobre el sistema SITEL, el propio Tribunal Supremo ha defendido la legalidad del mismo, en numerosos pronunciamientos, entre otros, STS de 5 de noviembre de 2009. Como sostiene MORENO CATENA, «Actos de investigación reservados a la instrucción judicial», en *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 250 la citada Ley no autoriza la conservación de datos que revelen el contenido de la comunicación, de modo que se trata únicamente de permitir el tratamiento de los hechos comunicativos sin llegar a conocer lo que efectivamente se hubiera transmitido. Por consiguiente, sirve esta conservación para que los agentes autorizados sepan que se han realizado las comunicaciones en el pasado, el continente, pero sin poder conocer su contenido, pues para ello se habría de recurrir a la diligencia prevista en la LEcrim de intervención de las comunicaciones. De esta forma, se legitima a los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y del Servicio de Vigilancia Aduanera cuando desempeñen funciones de policía judicial, así como al personal del Centro Nacional de Inteligencia, en el curso de las investigaciones de seguridad sobre personas o entidades, requiriéndose, a tal efecto, autorización judicial previa para obtener la cesión de los datos conservados. Sobre el procedimiento de intervención de comunicaciones a través del sistema SITEL puede acudir a CASTILLEJO MANZANARES, «Medios de investigación en la lucha contra la criminalidad organizada, SiteL», *Revista General de Derecho Procesal*, 2012, (ref. de 3 de octubre de 2012), disponible en Web: [www.iustel.com](http://www.iustel.com). Asimismo, la STS de 4 de julio de 2012 (F. J. 6º).

contenido<sup>520</sup>. Del tenor del precepto se puede concluir que dicha comunicación comprende tanto el hecho de la restricción como la justificación de ésta última. Ahora bien, a ello se debería añadir las resultas obtenidas a partir de la primaria observación, pues aun estando la investigación en un estadio inicial, con ello se posibilitaría un adecuado control judicial de la medida en atención a decidir la conveniencia de continuar con la observación de las comunicaciones ya practicada<sup>521</sup>.

En cuanto a las consecuencias de la decisión judicial, de un lado, la validez de la medida se hace depender de la oportuna convalidación judicial; una vez confirmada, la intervención tendrá, a partir de entonces y en todo caso, carácter judicial, puesto que con anterioridad ni fue acordada por un órgano en el que concurren las circunstancias del art. 117 CE ni a la autoridad gubernativa le está dado decretar medidas de esta índole con vocación de prolongarse en el tiempo. De otro lado, en caso de que la decisión gubernativa fuera revocada, cabría exigir las oportunas responsabilidades penales en virtud de lo establecido en los arts. 197 a 201, 535 y 536 del Código Penal, según los casos.

#### 4.2. Cómputo de los plazos que informan la observación de comunicaciones prevista en el art. 579.4 LEcrim.

Aun cuando no se establece un plazo determinado durante el cual la autoridad gubernativa deberá dar cuenta al órgano judicial competente del hecho de la

---

<sup>520</sup> Por su parte, VÍRGALA FORURIA, «La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español», en *Revista española de derecho constitucional*, ob. cit., p. 116, entiende que la orden de intervención acordada por la autoridad gubernativa competente no tiene por qué ser escrita ni motivada, bastando que sea verbal. Si fuera necesario una orden escrita del Ministro del Interior podría utilizarse ese tiempo en conseguir una resolución judicial, por lo que entendemos que la urgencia exigirá una orden telefónica o, como mucho, una orden mediante telefax o telex. En sentido similar se manifiesta ROJAS CARO, «La intervención judicial y gubernativa de las comunicaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Comentarios a la Legislación Penal, La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión*, ob. cit., p. 525, para quien la orden acordando la medida no es preciso que sea escrita, ni mucho menos motivada, basta que sea verbal. Lo que ha de ser motivada es la comunicación al juez.

<sup>521</sup> STC 9/1991, de 28 de febrero (F. J. 3º) “si bien el control judicial de la ejecución de la medida de intervención de las comunicaciones se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, para considerar cumplido el requisito de que las intervenciones se ejecuten bajo control y supervisión judicial es suficiente con [verificar] que los Autos de autorización y prórroga fijaban términos y requerían de la fuerza policial ejecutante dar cuenta al Juzgado del resultado de las intervenciones, así como que el órgano judicial efectuó un seguimiento de las mismas.”

observación, la inmediatez que se proclama en el actual precepto deja sentado a las claras los límites temporales a observar. La valoración de la inmediatez requiere el empleo del tiempo estrictamente necesario para dar cuenta a la autoridad judicial, por cuanto la dilación a la hora de comunicar la decisión gubernativa, aun habiéndose previsto la notificación en corto pero indebido espacio de tiempo, permite considerar la ilegitimidad de la medida. Como se desprende de lo anterior, el plazo que informa tanto el carácter inmediato de la comunicación como el límite previsto de setenta y dos horas dentro de las cuales el órgano judicial decidirá si revocar o confirmar la observación gubernativa, empezará a contarse desde que la medida fue acordada independientemente de su efectividad<sup>522</sup>.

## **5. Notificación a los sujetos afectados por la observación de las comunicaciones.**

Una vez concluida la observación de las comunicaciones, se habrá de poner en conocimiento de los sujetos afectados<sup>523</sup> la realización de la diligencia, para que desde ese momento pueda tomar conocimiento de las actuaciones practicadas y adoptar en el procedimiento los medios de defensa que le interesen, siga o no adelante la instrucción<sup>524</sup>. Junto a la exigencia de motivación, la puesta en conocimiento opera como factor excluyente de posibles indefensiones que hagan inoperantes eventuales reclamaciones ante los órganos judiciales competentes, en aquellos casos en que se estime que la intromisión fue ilegítima. Sostiene MORENO CATENA que la exigencia de notificación es el único medio que permite al interesado impetrar el amparo ordinario

---

<sup>522</sup> En lo referente al límite temporal de tres meses previsto para la observación de las comunicaciones, procedería acoger la misma solución anterior, puesto que éste se contabilizará a partir de la fecha en que la decisión gubernativa fue acordada, y no desde la eventual convalidación judicial de la medida.

<sup>523</sup> La notificación no se limita al imputado, sino que ha de realizarse a cualquier sujeto frente al cual se haya ordenado la observación de sus comunicaciones. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob. cit., p.128. Sin embargo el TEDH vino a considerar en la STEDH de 6 de septiembre de 1978, Caso Klass y otros c. Alemania, que la notificación posterior a cada sujeto afectado podría comprometer el origen de la vigilancia.

<sup>524</sup> MORENO CATENA, «La intervención de las comunicaciones personales en el proceso penal», en *La reforma de la justicia penal (estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 1997, p. 422.

o constitucional de su derecho fundamental, cuando la medida no se haya acordado en los casos o con los requisitos exigidos<sup>525</sup>.

En cuanto al momento oportuno para realizar la notificación, podría efectuarse a partir de la finalización de la medida o bien desde el momento en que de la notificación no se derive riesgo alguno para el devenir de las investigaciones. Como afirma DE LLERA SUÁREZ - BÁRCENA el sujeto afectado está asistido por el derecho a conocer a *posteriori* la existencia de la medida, cuando tal conocimiento ha dejado de ser un peligro para el éxito de la instrucción y, por el contrario, constituye el único medio para poder reclamar ante los órganos competentes el restablecimiento de su derecho si estima que ha sido ilícitamente limitado o lesionado<sup>526</sup>.

## **6. La articulación del principio de contradicción tras la intervención de comunicaciones.**

Los resultados que de la investigación penal se derivan, informarán la existencia de suficientes datos como para sostener la acusación o, en caso contrario, determinarán el sobreseimiento y archivo de la causa, con los efectos absolutorios, totales o parciales, que ofrecen tales circunstancias. La instrucción penal, en cuanto fase de investigación criminal, determina la apertura del posterior proceso penal.

En efecto, la instrucción penal es una fase de conformación de fuentes de pruebas, como dispone el art. 299 LEcrim, a pesar de la deficiente regulación del precepto:

*“Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.”*

---

<sup>525</sup> MORENO CATENA, «Actos de investigación reservados a la instrucción judicial», en *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 250. En similares términos, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «Garantías en la constitución ante la suspensión de derechos fundamentales», en *Sistema*, 1981, nº 42, p. 77; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob. cit., p.128; REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo: la suspensión individual de derechos y garantías*, ob. cit., pp. 315 y 316.

<sup>526</sup> DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, «La observación de las comunicaciones telefónicas», en *El proceso penal: doctrina, jurisprudencia y formularios*, ob. cit., p. 1451.

Si la suficiencia de los materiales obtenidos durante la investigación, permite acceder al juicio oral, defensa y acusación habrán de tener la posibilidad cierta de hacer valer sus posiciones tomando como referencia, precisamente, los referidos datos. Éstos habrán entonces de ser puestos en conocimiento de las partes actuantes, puesto que solo desde el completo conocimiento de los resultados podrá la defensa detectar los defectos que existan en los actos de instrucción y mediante la oportuna oposición eludir una eventual sentencia condenatoria. Tales actuaciones podrán adelantarse incluso al momento de la instrucción, evitando que el acto instructorio tenga acceso al juicio oral<sup>527</sup>.

Como advertimos, el principio de contradicción opera respecto de dos ámbitos interrelacionados. Por un lado, al considerar la mencionada dualidad de posiciones, el principio de contradicción ha de informar las actuaciones que se desarrollan entre las partes. Han de ser contrapuestas mediante un adecuado debate y en igualdad de condiciones. Y por otro lado, ambas posiciones a su vez, deberán poder confrontar sus actuaciones ante el órgano decisor (principio de inmediación), quien habrá de velar por el correcto desenvolvimiento del proceso en cuestión. Asimismo, nos ilustra GUZMÁN FLUJA, el principio de contradicción puede tener, de nuevo, una doble aparición en la prueba, distinguiendo entre un contradictorio para y sobre la prueba. El contradictorio para la prueba es un modelo que está más aproximado a la concepción dialéctica de la prueba y se puede definir diciendo que consiste en que la contradicción esté presente en el momento de la formación de la prueba, esto es, en el momento en que se obtiene el elemento de prueba, lo que significa que, por lo menos debe haber contradicción cuando se adquiere la fuente de prueba. El contradictorio sobre la prueba concurre cuando se ha garantizado que las partes han podido hacer las observaciones pertinentes y adecuadas a su derecho para que el juez sentenciador las pueda tener en cuenta a la hora de la valoración de la prueba<sup>528</sup>.

Por tanto, en lo que a la observación de comunicaciones se refiere, la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige, por aplicación de los arts. 579 y ss., que tan pronto culmine el desarrollo de la medida, resulte preceptivo ponerlo en conocimiento del imputado, a quien deberá facilitarse el acceso a todas las grabaciones realizadas, siempre a presencia judicial, y con derecho a la asistencia de abogado. De esta manera,

---

<sup>527</sup> GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 245.

<sup>528</sup> GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 115.

se asegura completamente la existencia de una garantía judicial, la del juez de instrucción, y de una garantía de contradicción: el imputado y su abogado podrán, a partir del conocimiento de las grabaciones y de la información que contienen, denunciar los posibles vicios de ilicitud, negar la autenticidad de las grabaciones en su totalidad o parcialmente (lo que conducirá a que se tenga que proceder a la práctica de una pericial fonográfica) o a adoptar las estrategias oportunas para la defensa de su derecho. Posteriormente se habrá de proceder a la reproducción de la grabación en el acto de la vista oral, no bastando con la simple lectura de su transcripción escrita si aquella puede practicarse<sup>529</sup>.

En resumen, una vez que el órgano judicial dispone de los resultados de la observación de comunicaciones practicada, procederá a evaluar los resultados con conocimiento y citación de la persona o personas afectadas por la medida limitativa y demás partes, al objeto de seleccionar el material disponible para conformar la oportuna fuente de prueba<sup>530</sup>. Dicha selección será sometida a contradicción de las partes, quienes debidamente asistidas de letrado alegarán lo que a su derecho mejor convenga. El resultado de tales actuaciones, se documentará por escrito, mediante la oportuna diligencia de constancia, uniéndose a los autos<sup>531</sup> para su posterior consideración por el órgano decisor. Como dispuso la STC 49/1999, de 5 de abril (F. J. 13º), para garantizar los principios de contradicción y defensa, todo lo útil para el debate ha de acceder al proceso, y la determinación de qué es útil al proceso ha de hacerse por el juez, con participación de las partes.

---

<sup>529</sup> GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 251.

<sup>530</sup> Como sostiene GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 169, hay que abandonar esa especie de empeño existente en hacer creer que en la fase de instrucción hay determinadas diligencias que son un adelanto respecto de lo que debería hacerse en el juicio oral, con la consecuencia de que si en éste serían pruebas, en la instrucción deben tener también esa vocación de convertirse en «futuras pruebas». Rotundamente no. Ni la recogida de los efectos del delito, piezas de convicción, elementos relacionados con el cuerpo del delito, ni las diligencias de intervención de comunicaciones, de entrada y registro, etc., son pruebas adelantadas. Son diligencias de investigación, necesarias en el momento en que se realizan y que sirven no para la obtención de pruebas, sino para la obtención, en su caso, de fuentes de prueba. Además, se tratará también de mantener aseguradas esas fuentes de prueba para poder propiciar su ingreso en el juicio oral, mediante el correspondiente medio de prueba. O sea, se trata de asegurar la disponibilidad de la fuente de prueba.

<sup>531</sup> MORENO CATENA, «Actos de investigación reservados a la instrucción judicial», en *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 251.

Por último, la concurrencia de los principios de audiencia y contradicción en esta etapa procesal, servirá para que las partes puedan denunciar posibles extralimitaciones operadas en el acuerdo y práctica de la medida cautelar de observación de las comunicaciones, depurándose, a tal efecto, los vicios que pudiera presentar y las consecuencias que de los mismos debieran derivarse.

## **7. A modo de propuesta.**

Trayendo a colación lo anteriormente expuesto, el art. 579.4 LEcrim faculta al Ministro del Interior, o en su defecto, el Director de Seguridad del Estado, para decretar la observación de las comunicaciones en casos de urgencia y siempre en relación con los delitos precisados; se exige inmediata comunicación a los Juzgados Centrales de Instrucción, mediante escrito motivado, para que en todo caso en el plazo de setenta y dos horas se revoque o confirme, de forma motivada a su vez, la decisión gubernativa.

De esta forma, aun cuando atendiendo al estado actual de la tecnología de las comunicaciones la virtualidad práctica del referido precepto, en su apartado cuarto, se debería presentar seriamente disminuida, la posibilidad cierta de que pudiera acordarse la medida en dichas condiciones abona el debate acerca de la misma<sup>532</sup>. Como afirma MORENO CATENA no se comprende bien el alcance de esta norma, que sigue a la letra lo que disponía la LO 9/1984, de 26 de diciembre, ahora derogada, si se tiene presente que la decisión del órgano judicial competente, Juzgado Central de Instrucción,

---

<sup>532</sup> Sostiene LÓPEZ YAGUES, *La inviolabilidad de las comunicaciones del abogado defensor*, ob. cit., (ref. de 12 de octubre de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), que si se tiene presente que la disposición pretende -al menos aparentemente- dar satisfacción a necesidades de urgencia, no puede sino sorprender que esta extraordinaria facultad de ordenar la medida, lejos de reconocerse a quienes como el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial son cercanos a su acuerdo y aplicación, se conceda exclusivamente al representante del Ministerio de Interior, o el Director General de la Seguridad del Estado. Esgrimir como argumento para su justificación la confianza de encontrar mayor celeridad en la respuesta a la urgencia planteada recurriendo a las autoridades estatales, carece de todo sentido. Sin embargo, continua afirmando que la excepcionalidad que encierra el precepto no va más allá de permitir una primera intervención gubernativa, esto es, la iniciación de la actividad por los órganos gubernativos, y en absoluto justifica una mayor laxitud en el control judicial de la intervención. En consecuencia, señala la responsabilidad que corresponde al órgano judicial de recabar periódicamente información acerca de la evolución de la medida al efecto de, bien revocar la medida, bien prorrogar su duración.

con sede en Madrid, no puede demorarse más allá de tres días desde que la autoridad administrativa, también en Madrid, la ordenara para luego motivarla<sup>533</sup>.

A modo de propuesta, y mientras no suceda el tan anunciado cambio de paradigma en la dirección de la investigación penal, se interesaría la posibilidad de conceder facultades para decidir la observación de comunicaciones, atendidos los motivos antes expuestos, al Ministerio Público en detrimento del Ministro del Interior, o en su defecto, del Director de Seguridad del Estado; ello, pese a que no se encuentre previsto en la legislación aplicable, supondría una más óptima protección de los derechos y garantías fundamentales en base a los argumentos que a continuación se exponen.

En un primer momento, procede recordar las competencias que el Ministerio Público tiene reconocidas en el ordenamiento jurídico español, de entre las cuales, se considerarán aquellas referidas a la de protección de derechos fundamentales junto a las facultades investigadoras que el mismo tiene asignadas:

a. Protección de derechos fundamentales:

- Corresponde al Ministerio Fiscal, por expreso mandato constitucional, la promoción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (art. 124 CE y art. 541 LOPJ).
- Según lo dispuesto en el art. 773 LEcrim, referente al procedimiento abreviado, el Ministerio Fiscal tendrá encomendada la función de preservar el respeto de las garantías procesales del imputado.
- A tenor de lo establecido en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, corresponde al Ministerio Fiscal velar por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa (art. 3.3 EOMF).

---

<sup>533</sup> MORENO CATENA, «La prueba sumarial anticipada (II)», en *Derecho Procesal Penal, Proceso Penal*, (con Gimeno Sendra y Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 334.



b. Facultades investigadoras:

- Se reconoce la competencia investigadora que ostenta el Ministerio Público practicando las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo (art. 773.2 LEcrim), para lo cual se encuentra facultado para dar instrucciones a la Policía Judicial para el más eficaz cumplimiento de sus funciones (art. 126 CE y art. 773.1 LEcrim).
- Podrá intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos (art. 3.5 EOMF).

De todo ello, podemos deducir que las citadas competencias del Ministerio Fiscal aportan notas esclarecedoras acerca de la preferible idoneidad del mismo a la hora de acordar la medida de observación de las comunicaciones en tales supuestos. El Ministerio Público, garante de la legalidad, promueve el interés público tutelado por la Ley, destacado interés público que concurre en la protección de los derechos fundamentales (SSTC 65/1983, de 21 de julio (F. J. 4º) y 93/1984, de 16 de octubre (F. J. 3º)). Precisamente será en atención al respeto y protección que merecen los citados derechos por lo que se sostenga la mejor aptitud del Ministerio Fiscal para acordar la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones.

De esta forma, siguiendo la lógica que propone el precepto analizado, cabría atribuir al Fiscal General del Estado, o en su defecto, el Fiscal Jefe de la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada (art. 19 EOMF), competencias para acordar, inicialmente, la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones en los casos en que las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas elementos terroristas o rebeldes.

Sentado lo anterior, se ha de reconocer que la posibilidad que aquí se sustenta se encuentra expresamente vedada por disposición de ley. El Ministerio Fiscal tiene reconocidas competencias investigadoras, si bien no le está dado acordar medidas limitativas de derechos, a salvo la referencia a la detención preventiva (art. 5.2 EOMF). Ciertamente que el estatuto básico de los órganos judiciales no se predica respecto de los miembros del Ministerio Público, o al menos no con la misma intensidad. Tampoco

concurren tales caracteres ni en el Ministro del Interior ni en el Director de Seguridad del Estado. Sin embargo, podemos afirmar la integración autónoma de carácter funcional del Ministerio Público respecto del Poder Judicial (art. 2 EOMF). El Ministerio Fiscal se encuentra en una situación más próxima al devenir judicial que los órganos gubernativos antes señalados pues se constituye como colaborador cualificado de la Justicia.

En último término, a modo de mero ejemplo, se proponen sendas regulaciones contenidas en derecho comparado acerca de la observación de las comunicaciones donde expresamente se recoge la atribución que aquí se viene manteniendo. En efecto, tal es la fórmula acogida en el Código Procesal Penal alemán (StPO), concretamente en el párrafo 100b, referido a la competencia para la supervisión de las telecomunicaciones, donde se establece que “*en caso de peligro por la demora, la disposición también puede ser adoptada por la fiscalía. La decisión de la fiscalía queda sin efecto si no es confirmada por el juez en el término de tres días.*”<sup>534</sup>

En similares términos se expresa el Código de Procedimiento Penal italiano, art. 267.2 CPP, el cual dispone la posibilidad de que el Ministerio Público ordene, motivadamente, la observación de las comunicaciones en casos de urgencia, comunicándolo inmediatamente al juez, y en todo caso, en menos de veinticuatro horas<sup>535</sup>.

En resumen, no se está sosteniendo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal pudiera, *motu proprio*, adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales, al menos no sin un abordar un cambio de paradigma en la investigación criminal, cuestión que no conviene desarrollar en este momento, sino muy al contrario, se propone la atribución de aquellas facultades que a otros órganos, sin potestad jurisdiccional alguna, se le viene concediendo para decidir la procedencia de la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Ello, en base a la consideración de que toda limitación legítima del derecho fundamental contenido en el art. 18.3 CE debiera de partir del propio respeto hacia el mismo, extremo que se intensifica con la atribución de competencias que aquí se ha desarrollado.

---

<sup>534</sup> Traducción contenida en Alemania [Strafgesetzbuch], *Código penal alemán: StGB; Código procesal penal alemán: StPO*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, p. 254.

<sup>535</sup> Aunque la traducción no se corresponde con el literal, se ha intentado realizar un breve resumen del contenido del precepto.

#### **IV. LA OBSERVACIÓN DE COMUNICACIONES CON EL ABOGADO DEFENSOR.**

Hasta el momento se ha considerado el contenido y articulación del derecho de defensa de forma autónoma respecto del también fundamental derecho al secreto de las comunicaciones. Evidentemente, el marco en que la limitación de este último producirá sus efectos impuso considerar la conexión existente entre ambos: el derecho de defensa se ejercitará sobre los resultados obtenidos con la afectación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Ahora, sin embargo, proponemos considerar la incidencia recíproca de tales derechos fundamentales: la afectación del derecho de defensa del sujeto investigado mediante la observación de sus comunicaciones privadas. Fácilmente podrá advertirse, la observación de las comunicaciones con el letrado defensor.

##### **1. La interrelación de los derechos fundamentales afectados por la observación de comunicaciones.**

Entre los instrumentos de que se sirve el derecho de defensa para su realización, encontrábamos el derecho a la asistencia letrada, caracterizado especialmente por la confidencialidad que informa la relación cliente – abogado, fundamento primario del derecho - deber de secreto profesional del mismo (art. 24 CE)<sup>536</sup>. De tal forma que, en la relación cliente – abogado confluyen los tres citados derechos fundamentales: el derecho de defensa, el derecho al secreto de las comunicaciones que entre los mismos se

---

<sup>536</sup> Como sostiene MORENO CATENA, «Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales», en *Teoría y Derecho*, ob. cit., (ref. de 10 de julio de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), las comunicaciones y las entrevistas con el abogado defensor representan un elemento nuclear de su función, y resulta asimismo esencial para preparar con su defendido la estrategia defensiva que vayan a seguir en el procedimiento. De esta forma, el secreto de las comunicaciones entre el abogado y el cliente es la piedra angular del derecho de defensa, que se vería traicionado si se intervienen o se descubre el contenido de las confidencias expresadas en esa especial relación, en la que, a diferencia del resto de las comunicaciones que pueda mantener del imputado, representa la confidencia el elemento esencial para el ejercicio de un derecho fundamental, porque es el factor que permite en puridad defenderse por medio de la asistencia de un abogado. Asimismo, LÓPEZ YAGUES, *La inviolabilidad de las comunicaciones del abogado defensor*, ob. cit., (ref. de 12 de octubre de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

sucedan, y el derecho a la confidencialidad de dicha relación desde la perspectiva del secreto profesional<sup>537</sup>.

Sobre la posibilidad de restringir el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, ya nos hemos pronunciado ampliamente a lo largo del desarrollo del presente Capítulo. Asimismo, hemos sostenido que el derecho de defensa no resultaría susceptible de limitación en los mismos términos que el resto de derechos fundamentales considerados. En efecto, no sin matices, se admite doctrinalmente que ningún derecho fundamental tendrá carácter absoluto. Sin embargo, entre tales, el derecho de defensa presenta unas características propias en cuanto al contexto en que el mismo está llamado a desarrollarse, de indudable naturaleza pública: el proceso jurisdiccional. Los derechos procesales fundamentales, por tanto, no admiten una afectación de sus consecuencias con la misma intensidad que el resto de derechos fundamentales que puedan presentar una determinada incidencia procesal. El derecho de defensa no resultaría susceptible de restricción, en los términos constitucionales que presenta el art. 18 CE, sino que se trataría de una suspensión temporal en su articulación, desplegando sus efectos con posterioridad al levantamiento de dicha suspensión. El derecho de defensa concluirá articulándose frente a la acusación que contra el sujeto pasivo del proceso penal se sostenga, si bien, en un momento temporal posterior, permitiéndose así garantizar el éxito de las tareas investigadoras.

A su vez, hemos comentado y valorado la legitimidad de dicha suspensión, más acertada en unos casos que en otros. Cuestión distinta sería considerar los efectos de la suspensión que, obvia decir, puede suponer un serio menoscabo del citado derecho fundamental, y como no constituir una vulneración ilegítima del mismo. Porque una cosa es restringir, si quiera temporalmente, y otra bien distinta suspender o vulnerar un

---

<sup>537</sup> El secreto profesional se regula principalmente en los arts. 262, 416. 2 y 464, todos ellos de la Ley Procesal Penal.

derecho fundamental, términos no necesariamente contrapuestos pero con una significación diferente a poco que se consulte un diccionario de la lengua española<sup>538</sup>.

## **2. La legitimidad de la observación de las comunicaciones habidas con el letrado defensor.**

Delimitada la posibilidad de afectación de los derechos fundamentales citados, veamos la incidencia recíproca que se produce entre los mismos, es decir, cómo mediante la observación de comunicaciones es posible incidir sobre el derecho de defensa, por un lado, y el derecho a la asistencia letrada, en directa vinculación con el secreto profesional y la naturaleza confidencial del contenido de la asistencia, por otro lado.

¿Es legítima la afectación de tales derechos en las condiciones descritas, es decir, mediante la afectación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones? La respuesta, como casi siempre, dependerá del marco normativo y fáctico en que la afectación se produzca. Debemos comenzar, por tanto, considerando el régimen general de observación de comunicaciones que prevé la Ley Procesal Penal, específicamente el art. 579 LEcrim, transponiendo nuestras razones a la específica observación de comunicaciones con el abogado defensor. Varias posibilidades. La cláusula de cierre de los apartados primero y segundo del citado precepto, “*si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa*”, permite una interpretación cuanto menos heterodoxa. La amplitud con que se regula la observación de comunicaciones en tales supuestos permitiría que ante la presencia de meros indicios de obtener información, sin mejor nota que la importancia de los eventuales datos que afloren de la observación, expresado en condiciones de probabilidad, legitimasen tan severa vulneración de derechos

---

<sup>538</sup> Respecto del derecho al secreto profesional resultaría posible transponer los argumentos recién vertidos, dada su estrecha conexión con el derecho de defensa. Asimismo, como sostiene MORENO CATENA, «Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales», en *Teoría y Derecho*, ob. cit., (ref. de 10 de julio de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), claro es que la confidencialidad de las comunicaciones con el abogado vienen amparadas por el derecho al secreto de las comunicaciones, tanto orales como por escrito; ello exige, en el caso de tratarse de las que mantenga este profesional con su cliente imputado en un proceso penal, que se hallen especialmente protegidas. En la STEDH de 21 enero 2010, Caso Da Silveira c. Francia, en relación con los registros en los despachos de abogados se señala que si bien se puede prever la posibilidad de registros domiciliarios en ellos, deben imperativamente estar rodeados de 'garantías especiales de procedimiento.

fundamentales. Convendría reformular los términos y basamentos en que se funda la medida cautelar de observación de comunicaciones prevista en dichos apartados.

A tal fin, rechazamos rotundamente que la citada cláusula de cierre pueda permitir la limitación de los mencionados derechos fundamentales, mediante un sistema analítico basado en condiciones probabilísticas de tan endeble entidad. El derecho de defensa y su correspondiente articulación a través de los presupuestos e instrumentos desarrollados en el primero de los Capítulos que componen la presente obra, configuran la propia estructura del proceso jurisdiccional, y en cuanto tal actúa a modo de límite infranqueable frente a eventuales observaciones sobre las comunicaciones producidas entre cliente y letrado, y muy especialmente, aquellas sucedidas con objeto del desarrollo de las correspondientes estrategias defensivas<sup>539</sup>.

Respecto del apartado tercero del art. 579 LEcrim, debemos considerar tanto la observación de comunicaciones de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, como la relación de instrumentalidad que recoge el precepto.

En primer lugar, si el letrado está implicado en el *itinere* delictivo por el que se sigue la investigación criminal pocas dudas al respecto, con las oportunas cautelas en cuanto al riguroso cumplimiento de los requisitos constitucionales anteriormente desarrollados y, muy especialmente, la determinación subjetiva de las personas cuyas comunicaciones se acuerde intervenir. Una determinación genérica resultaría a todas luces inadmisibles, al proponer la pesquisa general sobre la persona del investigado y el letrado que asuma su asistencia letrada.

Asimismo, como propone LÓPEZ YAGUES, el acuerdo y consiguiente aplicación de toda medida restrictiva del derecho habrá de superar un juicio de proporcionalidad más estricto, si cabe, que el que procede en todo supuesto en que se halle implicado un

---

<sup>539</sup> En similares términos LÓPEZ YAGUES, *La inviolabilidad de las comunicaciones del abogado defensor*, ob.cit., (ref. de 12 de octubre de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), afirma que la posibilidad de interceptar toda comunicación en la que interviene el letrado encargado de la causa encuentra su límite implícito en la garantía constitucional de la inviolabilidad del derecho de defensa y, en consecuencia, ha de venir sujeta a un régimen distinto del previsto para la interceptación de la generalidad de comunicaciones que se celebren y, asimismo, que la especial tutela que aquéllas comunicaciones merecen, en tanto concernientes al ejercicio de la defensa, no se limita a las relaciones profesionales del defensor en el marco de los procesos en que actúe en esa condición, sino en cualquier caso en que pueda verse afectado el secreto profesional que ha de protegerse.

derecho constitucionalmente consagrado con rango de fundamental y sin coste alguno a la efectiva realización de la defensa en los procesos penales<sup>540</sup>.

En segundo lugar, otra posibilidad menos cierta. No siendo posible formular cargos contra el letrado asistente, a la vista de la instrumentalidad de la comunicación que establece el apartado tercero del citado precepto, teóricamente también resultaría factible afectar tales comunicaciones. Cabría en este punto considerar la total ignorancia del letrado asistente respecto de dicha instrumentalidad. Difícil de interiorizar aunque posible, vista la cobertura legal del supuesto, debiendo disponerse las oportunas cautelas advertidas *supra* respecto de la consideración de dicha relación de instrumentalidad. En ambos casos, se habrá de estar a la consistencia de los datos y circunstancias que obran en la causa, debidamente atendidos los parámetros constitucionales establecidos para la afectación de derechos fundamentales<sup>541</sup>.

En resumen, debemos descartar entonces la observación de comunicaciones con el letrado defensor en quien no concurren notas de posible participación o relación de instrumentalidad delictiva, objetivamente demostrables. Supuestos estrechamente relacionados, en virtud de lo establecido en el apartado tercero del art. 579 LEcrim.

---

<sup>540</sup> LÓPEZ YAGUES, *La inviolabilidad de las comunicaciones del abogado defensor*, ob. cit., (ref. de 12 de octubre de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

<sup>541</sup> Sin embargo, la indeterminación que suscita el apartado tercero del art. 579 LEcrim, en cuanto al carácter instrumental de las comunicaciones, aconseja ser especialmente cauto y meticuloso en la fundamentación que precise acordar la medida cautelar limitativa de derechos fundamentales, en términos generales. Por su parte, LÓPEZ YAGUES, *La inviolabilidad de las comunicaciones del abogado defensor*, ob. cit., (ref. de 12 de octubre de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), sostiene que la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación subjetivo de la medida resulta inadmisiblesi la medida afecta, no ya como incidencia en el curso de una intervención legítimamente acordada, sino como objeto directo de control o intervención a las comunicaciones que tienen lugar entre el cliente y su abogado, bajo la consideración de éste como tercero relacionado con el anterior e, incluso, bajo la presunción de que su contacto servirá al primero para la realización de sus fines delictivos. La dificultad con la que puede afirmarse el ajuste constitucional de medidas restrictivas al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones de personas, en principio, ajenas a la investigación que se halla en curso, se torna ahora en imposibilidad casi absoluta cuando afecta a un sujeto, el defensor, al que la norma decide incluso proteger con el derecho-deber de guardar secreto y eximir de la obligación de declarar, y con mayor motivo, de hacerlo en contra de los intereses de su patrocinado.

### **3. La observación de las comunicaciones habidas con el letrado defensor en la investigación criminal de los delitos de terrorismo.**

La observación de comunicaciones acordada en el seno de una investigación penal por delito de terrorismo permite considerar tanto la regulación contenida en el art. 579.4 LEcrim, como la legislación penitenciaria aplicable en la materia.

Los extremos reciente vertidos en cuanto al apartado tercero del citado precepto resultan plenamente aplicables en el presente epígrafe. Sin embargo, vista la regulación del apartado cuarto del mismo precepto, conviene resaltar que, en principio, existiría la posibilidad cierta, un auténtico desatino, de afectar las comunicaciones habidas entre el sujeto investigado y su letrado defensor, mediante la decisión de un órgano gubernativo.

#### **3.1. La intervención de comunicaciones habidas con el abogado defensor acordada en el marco de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.**

En efecto, como advertimos, en desarrollo del art. 55.2 CE, se establece la limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, prescindiendo de la garantía judicial que el art. 18.3 CE impone. Para ello, la observación gubernativa de las comunicaciones se ha rodeado de una serie de condicionantes cuya observancia presupone la conformidad a Derecho de la medida. Tales extremos se contienen principalmente en la constatación del carácter urgente de la intervención, la especialidad delictiva para la que está pensada, así como la determinación de las comunicaciones susceptibles de ser intervenidas por esta vía. A todo ello, cabría añadir en este momento, que se trataría de una medida acordada con afectación del derecho de defensa del sujeto cuyas comunicaciones se acuerda intervenir y del carácter confidencial de la relación profesional existente entre el sujeto investigado y su abogado defensor.

Respecto de la observación de comunicaciones en su modalidad telefónica ya hemos advertido las serias dudas que presenta el previo conocimiento del carácter urgente de las actuaciones, junto a la correspondiente articulación del operativo de intervención.

Respecto de la observación de comunicaciones orales, debemos soslayar la necesaria disposición de resolución judicial habilitante. Como expone MORENO CATENA, no se encuentra regulada la observación de las comunicaciones orales directas habidas entre el defensor y el defendido, como no lo están, además, con carácter general. Tal



medida abriría una brecha de vigilancia pública indiscriminada insoportable para la ciudadanía, que sin duda se rebelaría contra ese control que se cuela en el núcleo más estricto de la intimidad personal<sup>542</sup>.

En consecuencia no existe habilitación legal, pero tampoco constitucional, visto el contenido de los arts. 24 y 55.2 CE, para aceptar la legitimidad y validez de una observación de las comunicaciones habidas entre el sujeto investigado y su letrado defensor, ordenada por la autoridad gubernativa en el marco de las actuaciones investigadoras contraterroristas. Y ello, principalmente, porque no le está dado a la autoridad gubernativa acordar la afectación del derecho de defensa, ni tan siquiera mediante la vía indirecta que pudiera prever el art. 55.2 CE: junto al plazo de la detención, y las cuestiones desarrolladas sobre el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, la suspensión prevista constitucionalmente se refiere a la garantía judicial que informa el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, *stricto sensu*<sup>543</sup>.

---

<sup>542</sup> MORENO CATENA, «Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales», en *Teoría y Derecho*, ob. cit., (ref. de 10 de julio de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com). Asimismo, trae a colación la STEDH de 12 mayo 2000 (caso Khan c. Reino Unido, ap. 26) la cual declara que para no infringir el artículo 8 del CEDH (derecho a la vida privada) la grabación de comunicaciones por medio de aparatos de escucha instalados en un domicilio precisa no sólo de una norma con rango de ley, sino que ésta “*debe ser lo suficientemente clara en sus términos como para indicar de forma adecuada las circunstancias y condiciones en las que las autoridades públicas están autorizadas a recurrir a dichas medidas encubiertas.*”

<sup>543</sup> En tal sentido se pronuncia MORENO CATENA, «Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales», en *Teoría y Derecho*, ob. cit., (ref. de 10 de julio de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), al afirmar que en nuestro ordenamiento, el tratamiento del fenómeno del terrorismo ha impregnado también el proceso penal, en el que se insertan medidas que excepcionan el normal desenvolvimiento del procedimiento cuando se trata del enjuiciamiento de estos delitos. Sin embargo la excepción constitucional es bien clara: pueden ser suspendidos solamente tres derechos fundamentales: el derecho a que la detención no dure más que el tiempo indispensable para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y el plazo máximo de setenta y dos horas para poner al detenido en libertad o a disposición de la autoridad judicial; el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho al secreto de las comunicaciones. Pues bien, eso quiere decir sin ninguna duda que no se pueden establecer excepciones a la protección de cualquier otro derecho fundamental, ni siquiera para el esclarecimiento y enjuiciamiento de delitos de terrorismo. Como advertimos en páginas precedentes, no existe habilitación constitucional alguna para restringir el derecho fundamental a la defensa del artículo 24.2 de la CE, y el derecho a la asistencia de abogado (arts. 17.3 y 24.2 CE) puesto que no resultan excepcionados para los casos de terrorismo por el artículo 55.2 de la CE. No obstante, la legislación procesal efectivamente los limita.

En este caso, la balanza debe inclinarse necesariamente por argumentos garantistas para con el derecho de defensa del sujeto cuyas comunicaciones se acuerda intervenir, y no por la garantía de la eficacia investigadora, rechazando que mediante una interpretación vasta y oportunista del contenido del precepto citado se puedan autorizar tales supuestos.

### 3.2. La observación de comunicaciones habidas con el abogado defensor acordada en el marco de la legislación penitenciaria.

Curiosamente, debemos comenzar la exposición de nuestras razones partiendo del contenido que prescribe el art. 523 LEcrim:

*“Cuando el detenido o preso desee ser visitado por un ministro de su religión, por un médico, por sus parientes o personas con quienes esté en relación de intereses, o por las que puedan darle sus consejos, deberá permitírsele con las condiciones prescritas en el reglamento de cárceles, si no afectase al secreto y éxito del sumario. La relación con el Abogado defensor no podrá impedírsele mientras estuviere en comunicación.”*

En efecto, el precepto permite socavar la virtualidad de determinados derechos en garantía del éxito de la investigación. Mientras el derecho a ser visitado por ministros de la religión o parientes u otras personas que pudieran ofrecer su consejo, donde debemos explícitamente excluir al letrado defensor como con acierto se detalla, resultan tener un sentido lógico, a los efectos puramente investigadores, quizás el derecho a recibir asistencia sanitaria, no debiera verse cuartado con los mismos argumentos que el resto de opciones. El derecho a la salud, en su modalidad de asistencia sanitaria, previsto en el art. 46 CE se tiene que conectar con el contenido del art. 15 CE, en cuanto derecho a preservar la vida propia. Derechos, fundamentales unos y constitucionales otros, cuya protección y garantía corresponde a los poderes públicos, con especial significación en

el ámbito penitenciario<sup>544</sup>. Y dicha protección puede verse satisfecha, sin mayores esfuerzos argumentativos, si se tiene en cuenta que la Administración Pública dispone de su propio personal médico al objeto de corresponder las exigencias que el estado de salud de un determinado sujeto requiera. Quiere decirse que la tendencia maximizadora del éxito de la investigación mediante la denegación de asistencia médica no puede tener cobertura legal de ningún tipo.

a) *La regulación contenida en la Ley Orgánica General Penitenciaria.*

Seguidamente, acudiremos a la específica legislación penitenciaria que regula la materia objeto de análisis.

Debemos comenzar por considerar el art 51 LOGP, en su apartado segundo, al disponer que las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los procuradores que lo representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo<sup>545</sup>. Celebramos que el precepto detalle una doble modalidad, por un lado, la suspensión del derecho de defensa, y de otro lado, la posibilidad de afectar las comunicaciones habidas entre los internos del establecimiento penitenciario y su abogado defensor o procurador (hasta el momento olvidado). Ambas cuestiones informadas por la garantía judicial que impone la resolución motivada para su acuerdo. Requisito éste de naturaleza cumulativa con el siguiente: es decir, solo se podrá acordar la suspensión de la asistencia letrada o bien la i observación de las referidas comunicaciones mediando autorización judicial

---

<sup>544</sup> STC 120/1990, de 30 de julio (F. J. 6º): “*Esta relación de especial sujeción, que debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales, origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentren en situaciones distintas.*”

<sup>545</sup> Afirma la STC 58/1998, de 16 marzo (F. J. 5º): “*El hondo detrimento que sufre el derecho de defensa a raíz de este tipo de intervenciones, se basa en la peculiar trascendencia instrumental que tiene el ejercicio de este derecho para quien se encuentra privado de libertad y pretende combatir jurídicamente dicha situación o las condiciones en las que se desarrolla.*”

habilitante y en los supuestos de terrorismo<sup>546</sup>. Más allá de las referidas tipologías delictivas se cierra la posibilidad de acordar medidas limitativas de esta índole.

A todas luces, la legislación penitenciaria resulta más garantista que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal en tales aspectos, a pesar de la palmaria indeterminación que supone el expreso reconocimiento legal de la suspensión del derecho de defensa del interno por orden de la autoridad judicial, sin mención expresa del contenido que informa dicha limitación.

Convendría, por tanto, realizar algunas precisiones al respecto. Si el interno se encontrase en régimen de incomunicación no encontramos argumentos válidos que informen positivamente la suspensión del derecho de defensa del mismo. Habiéndose designado profesional de oficio, precisamente para garantizar el éxito de las tareas investigadoras, no debería poder acordarse suspensión alguna sobre el derecho de defensa del interno, ni tan siquiera mediando resolución judicial al efecto. Ya existen instrumentos procesales que permiten la suspensión del derecho de defensa del sujeto inculcado: entre otros, el secreto de sumario. Si por el contrario, el interno no se encontrase en régimen de incomunicación seguirían siendo válidos los mismos argumentos, pues dicho articulado prevé una suspensión indeterminada del derecho de defensa que podría llegar a convivir con la propia declaración del secreto de sumario, lo cual resultaría un auténtico sinsentido, o peor aún, pretender subvenir la ausencia de la declaración del secreto sumarial.

---

<sup>546</sup> Como sostiene MORENO CATENA, «Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales», en *Teoría y Derecho*, ob. cit., (ref. de 10 de julio de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), junto con la situación de privación de libertad de corta duración, el problema se agrava cuando se trate de imputados sometidos a prisión provisional, que deben comunicarse con su letrado en los lugares habilitados para ello por la Administración Penitenciaria (ver el Auto del TSJ Madrid de 25 marzo 2010, que anuló las intervenciones de las comunicaciones habidas entre presos preventivos y sus abogados en el llamado caso Gürtel). La Ley Orgánica General Penitenciaria permite que se intervengan las comunicaciones de los reclusos con sus abogados, pero sólo cuando concurren dos presupuestos acumulativos, como ya había sostenido de modo terminante el Tribunal Constitucional desde la sentencia 183/1994, de 20 junio: que se trate de delitos de terrorismo y que medie una autorización judicial (art. 51.2 LOGP), compendiando la STS de 6 julio de 2009, los requisitos que debe cumplir la resolución judicial. Asimismo, traer a colación el contenido de la STC 58/1998, de 16 marzo (F. J. 5º): “la trascendente incidencia del derecho fundamental a la defensa hace que el legislador penitenciario constriña toda intervención de las comunicaciones de los internos con sus Abogados o Procuradores a los supuestos de terrorismo y que exija además la garantía judicial.”

Por último, de forma escueta traer a colación el dudoso contenido del apartado quinto del analizado precepto, al prevenir la posibilidad de suspender o intervenir, de forma motivada, las comunicaciones orales y escritas del interno, por orden del director del establecimiento penitenciario en que se encuentre el mismo, debiendo dar cuenta a la autoridad judicial competente. Entre otras cuestiones, adolece el precepto de suficiente determinación. Por ejemplo, acordar la restricción de derechos fundamentales, sin mencionar nota de excepcionalidad ni tipología delictiva alguna, por un órgano gubernativo; ausencia de toda referencia a la inmediatez del traslado de la información al órgano judicial competente, ni tan siquiera el arco temporal máximo en que dicha puesta en conocimiento habrá de producirse; tampoco se determinan los supuestos en que procede la suspensión o intervención de comunicaciones, ni la justificación de su acuerdo, limitándose a referir la motivación que ha de informar su práctica. Con excelsa diligencia el Legislador debería establecer un contenido acorde con los principios y garantías establecidos en nuestra Carta Magna, solventando, en todo caso, la indeterminación que el precepto inspira. Una vez más habrá de ser la Jurisprudencia quien, en principio, colme las citadas lagunas<sup>547</sup>.

b) *La regulación contenida en el Reglamento Penitenciario.*

En similares términos el art. 46.6 del Reglamento Penitenciario regula la necesaria orden de la autoridad judicial para proceder a intervenir las comunicaciones escritas entre los internos y su abogado defensor o procurador. No obstante, excepciona el precepto los casos en que *“los internos tengan intervenidas las comunicaciones ordinarias y se dirijan por escrito a alguna persona manifestando que es su Abogado defensor o Procurador, dicha correspondencia se podrá intervenir, salvo cuando haya constancia expresa en el expediente del interno de que dicha persona es su abogado o*

---

<sup>547</sup> STC 194/2002, de 28 de octubre (F. J. 6º): *“Por su parte, el art. 51.5 LOGP permite que tales comunicaciones sean intervenidas motivadamente por el Director del centro penitenciario, dando cuenta a la autoridad judicial competente. En suma, el citado precepto legal permite la intervención de las denominadas comunicaciones genéricas por razones de seguridad, interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento, configurándose tales supuestos, por lo tanto, como causas legítimas para ordenar la intervención de las comunicaciones de un interno. Y en cuanto a los requisitos que deben cumplir los acuerdos o medidas de intervención de las comunicaciones genéricas, junto a la exigencia de motivación y de dar cuenta a la autoridad judicial competente que impone el art. 51.5 LOGP, así como la de notificación al interno afectado que establecen los arts. 43.1 y 46.5 RP de 1996, este Tribunal Constitucional ha añadido la necesidad de preestablecer un límite temporal a la medida de intervención.”*

*procurador, así como de la dirección del mismo.*” Sería quizás preferible matizar tales extremos acordando la interceptación de la comunicación escrita, con absoluto desconocimiento de lo comunicado, hasta tener constancia fehaciente de la veracidad de los datos aportados<sup>548</sup>.

Dicha interceptación, que deberá ser susceptible de motivación, tendría que realizarse durante el tiempo estrictamente necesario para adquirir el convencimiento de la corrección de los datos aportados en la comunicación. Una vez despejadas las iniciales dudas, obrar en consecuencia, bien procediendo a tramitar con urgencia el envío, bien solicitando previa autorización judicial para la apertura del contenido de la comunicación. En caso de que la identidad manifestada en la comunicación no se adecúe a la información obtenida por parte de la autoridad administrativa penitenciaria, tendría que aplicarse todo el rigor del contenido del art. 46 RP, y concordantes, por mor del art. 25.2 CE<sup>549</sup>.

En este punto, de suma importancia sería la correcta identificación del letrado mediante la inserción de sus datos en el expediente del interno, siendo aconsejable comunicar cualquier incidencia o cambio de representación a la autoridad administrativa penitenciaria. En cualquier caso, los datos obrantes en los respectivos Colegios profesionales pueden resultar de enorme utilidad al respecto, dirigiéndose atenta comunicación al servicio administrativo colegial que en ese momento se encuentre de guardia. Sea como fuere, se deben tener presentes las garantías constitucionales que informan las limitaciones de derechos fundamentales, así como la finalidad meramente preventiva de la intervención acordada en tal forma. Al margen han de quedar razones

---

<sup>548</sup> STC 58/1998, de 16 marzo (F. J. 5º): *“El peculiar detrimento del derecho de defensa que se deriva de la intervención administrativa de la correspondencia no queda suficientemente paliado por el hecho de que el interno y su Abogado puedan siempre someter sus comunicaciones al régimen de mayores garantías de la comunicación oral presencial, pues será frecuente que dicho tipo de comunicaciones sea de imposible o costosa realización por la distancia que pueda separar el establecimiento penitenciario del lugar en el que el Abogado tiene su despacho profesional.”*

<sup>549</sup> STC 194/2002, de 28 de octubre (F. J. 6º): *“El marco normativo constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones de que puede gozar una persona interna en un centro penitenciario viene determinado, no sólo por lo dispuesto en el art. 18.3 CE –que garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial–, sino también y primordialmente por el art. 25.2 CE. Así pues, la persona reclusa en un centro penitenciario goza, en principio, del derecho al secreto de las comunicaciones, aunque puede verse afectada por las limitaciones expresamente mencionadas en el art. 25.2 CE.”*

de estricta investigación criminal, pues entonces la resolución judicial habilitante previa devendría absolutamente necesaria (STC 200/1997, de 24 de noviembre, (F. J. 4º)).

Por último el art. 48 RP detalla el procedimiento a seguir respecto de las comunicaciones habidas entre el interno y el letrado asistente, con expresa especialidad en materia de terrorismo, bandas o grupos armados, al disponer la necesidad de autorización judicial para acudir al centro penitenciario a visitar al interno defendido en lugar del ordinario volante del Colegio correspondiente. El apartado tercero del citado precepto soslaya que las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales, así como con los procuradores que los representen, no podrán ser suspendidas o intervenidas, en ningún caso, por decisión administrativa. Ni tan siquiera en materia de terrorismo. La suspensión o la intervención de estas comunicaciones sólo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial. Cabría realizar las mismas advertencias anteriormente vertidas con ocasión del contenido del art. 51 LOGP.

Asimismo, dichas comunicaciones se registrarán por orden cronológico en el libro correspondiente, consignándose el nombre y apellidos de los comunicantes del interno, el número de la causa y el tiempo de duración de la visita y se celebrarán en locutorios especiales, en los que quede asegurado que el control del funcionario encargado del servicio sea solamente visual.

## **CONCLUSIONES**



I. El conflicto plantea una vertiente intersubjetiva y una vertiente social. La composición del conflicto ha de actuarse sobre ambas vertientes. Los resultados obtenidos mediante el acuerdo de voluntades alcanzado entre víctima y victimario debieran actuar en la resolución de la vertiente social del conflicto penal. Lo contrario sería notoriamente contraproducente para los intereses concurrentes en la composición de la controversia penal. Por tanto, las fórmulas de resolución de conflictos no se conciben a modo de cajones estancos separados, sino que podrán interconectarse en el desarrollo de las actuaciones tendentes a la pacificación del conflicto. Sin embargo, en la resolución de conflictos con trascendencia penal no se ha propiciado, de forma cierta, la apertura a otros métodos distintos del proceso penal. Ni tan siquiera en la ejecución de lo previamente resuelto, donde el componente privado que representa el interés intersubjetivo presente en la composición del conflicto penal puede adquirir cierta relevancia en compromiso tanto con la ejecución de una pena privativa de libertad, la reparación del daño o perjuicio causado a la víctima, como la potencial resocialización del reo. A tal fin se ha de tener presente que el modelo de resolución de conflictos con trascendencia penal es variable. Que la composición del conflicto penal se asigne de forma exclusiva a órganos públicos investidos de potestad jurisdiccional no necesariamente impide la intervención de la víctima. De esta forma, que las fórmulas autocompositivas tengan cabida en el sistema procesal penal actual se nos presenta no solo como una posibilidad cierta sino como una opción a la que, en buena lógica, tanto jurídica como político-legislativa, deberá atenderse en lo sucesivo.

II. La regulación del ejercicio de la acción penal empodera a la víctima para accionar el mecanismo jurisdiccional de resolución de conflictos penales. No obstante dicho reconocimiento, en la composición del conflicto penal, se tiende a desplazar a la víctima hacia tareas estrictamente acusatorias. Dentro del sistema de investigación y enjuiciamiento debemos situar a la víctima. El proceso penal es, ante todo, equilibrio. Alcanzar el citado equilibrio resulta una cuestión ciertamente delicada, especialmente, en la materia específica de los delitos de terrorismo, pues la posición que ocupan tanto víctima como victimario se aleja de los parámetros típicos que informan la investigación y enjuiciamiento del común de los delitos.

III. El ordenamiento jurídico español no define el concepto de seguridad con el debido rigor que cabría esperar en la formulación jurídica de uno de los pilares básicos sobre

los que se sustenta la configuración política del Estado. Sin embargo, la demanda de seguridad resulta cada vez mayor. Nuevas amenazas sustituyen las ya superadas, o en vías de superación, o bien ocupan un espacio de actuación hasta la fecha desconocido. Tales circunstancias han arrojado unas consecuencias muy precisas en el Derecho procesal penal, especialmente en fase de investigación criminal, la ausencia de una precisa regulación al respecto, en conexión con un minusvalorado Derecho probatorio. Las anteriores razones abonan la creación de espacios de actuación que fomentan un desequilibrio manifiesto en el proceso penal en el que se dilucidan responsabilidades por causa de terrorismo, atemperado, hasta el momento, por la garantía jurisdiccional que ha de informar las actuaciones investigadoras, pero sobre todo enjuiciadoras. La cuestión principal radica entonces, en considerar cuándo y bajo qué parámetros resulta posible legitimar dicho desequilibrio, y asimismo, qué mecanismos de contención serán introducidos en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo para mitigar las consecuencias del mismo.

IV. El derecho de acción penal se configura entonces como el vehículo a través del cual la agresión que se produce en el plano procesal se materializa, es decir, mide la intensidad de dicha agresión a lo largo del proceso penal. Por su parte, el derecho de defensa presenta una determinación subjetiva dual y nace vinculado al momento de la imputación. Sin embargo la ausencia de una lógica sistematización terminológica de nuestra Ley Rituaria, que incluye diferentes instrumentos, modalidades de sujeción del sujeto pasivo a la investigación criminal en curso o al mismo proceso penal, bajo un tratamiento conjunto, genera una obvia confusión conceptual. Dicha confusión parte de vincular el acto judicial de imputación formal con el traslado de los cargos que pesan sobre el sujeto investigado. Confusión que, a su vez, se genera por la consideración de la formulación de cargos frente al sujeto investigado, a modo de imputación. A tal efecto, convendría secuenciar la imputación, en sus diversas manifestaciones, partiendo de las particularidades que presentan las diferentes etapas por las que atraviesa tanto el cauce acusatorio como el sujeto pasivo del proceso penal. De esta forma, la formulación de cargos sobreviene a la apertura de la investigación. A lo que habrá de añadirse aquellas actuaciones que se entienden a modo de imputación extrajudicial, o bien, que conllevan el principal efecto de repercutir el derecho de defensa. En otras palabras, la formulación de cargos resulta ser un acto exclusivamente de parte. El traslado de cargos, se identifica entonces con el derecho a conocer la acusación. Sin embargo, no es

posible vincular el traslado inicial y provisional de cargos con la creencia extendida del merecimiento jurisdiccional de los mismos. Cuando el órgano judicial ejerce como transmisor de dicha información actúa principalmente en garantía de los derechos procesales del sujeto contra quien se dirigen tales cargos. Por tanto, el derecho de defensa se articula, necesariamente, con el traslado de cargos, y nace desde el momento en que se formulan los mismos. Entre los espacios temporales de máxima tensión para con el derecho de defensa, encontramos el lapso temporal entre la formulación y el traslado de los cargos. Asimismo, el periodo que va desde el traslado de cargos hasta la efectiva comparecencia a presencia judicial, debiendo regularse un plazo lo suficientemente amplio para preparar la estrategia defensiva. La imputación formal, por su parte, presenta una función compleja, en cuanto trámite estructural del proceso, delimitando el objeto del proceso penal. El contenido de la imputación, con independencia de su consideración formal o material, se configura en cuanto a hechos, derechos y determinación subjetiva, si bien, las particularidades que informan cada vertiente, sus diferentes efectos y causas, proponen un contenido de mayor amplitud en la imputación formal que en la material. Por último se ha de tener presente que la posición que ocupa el órgano instructor presenta algunas dificultades visto el desdoblamiento de sus funciones, investigadoras y en garantía de los derechos fundamentales. La situación de tercero imparcial situado *supra partes* dista mucho de la realidad del quehacer judicial diario en un Juzgado de Instrucción. El Ministerio Fiscal podría asumir, previa modificación normativa, potestades decisorias en cuanto a la admisión de la *notitia criminis*, mediando el oportuno sistema de recursos ante el órgano judicial competente, situándose desde el momento de la admisión al frente de la actividad investigadora.

#### V. Respecto de los presupuestos e instrumentos del derecho de defensa:

a) La satisfacción del derecho de defensa puede medirse conforme las diferentes aristas de que dispone el principio de contradicción a lo largo del proceso penal. Sin embargo, la contradicción, evidentemente, no se desarrolla de igual forma, en todas y cada una de las etapas del proceso penal, dada la posibilidad de contemporizar sus efectos en fase de instrucción. En ocasiones, la propia dinámica de las actuaciones investigadoras impedirá la articulación de una contradicción simultánea a su práctica, si bien, es posible afirmar un contradictorio diferido sobre la fuente de prueba en fase de investigación. Hacer

coincidir el alcance de la contradicción sobre la obtención de fuentes de prueba en instrucción, con aquélla que se predica del plenario, puede significar introducir, por vía indirecta, la constitución de material probatorio de cargo al margen del juicio oral.

b) El derecho a ser informado de la acusación es un derecho de carácter progresivo, que evoluciona a lo largo del proceso penal, cuyo contenido se adecúa en función de la etapa procesal concreta por la que atraviesa la investigación y enjuiciamiento de los delitos, disponiéndose un grado de información mayor a medida que avanzan las actuaciones. Aun cuando los obligados a transmitir la información respecto de la acusación formulada puedan variar, tanto la finalidad como el fundamento del derecho no varían: asegurar la correcta articulación de los derechos procesales del sujeto pasivo del proceso penal, y muy particularmente, su derecho de defensa.

c) El contenido del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable se manifiesta en la libre disposición del acto de declarar. Ello implica su carácter renunciabile. El titular del derecho podrá controlar los términos de la declaración, mostrando su anuencia a responder determinadas preguntas y la negativa a responder otras, o incluso posteriormente según el momento procesal en que se encuentren las actuaciones, decidir continuar con la toma de declaración.

d) El derecho a la asistencia letrada, junto al carácter de derecho fundamental que asiste a las partes procesales, puede constituir también una exigencia estructural del proceso y una garantía del correcto desenvolvimiento del mismo. El ordenamiento jurídico español establece la obligatoriedad del derecho a la asistencia y defensa letrada en los procesos penales por delitos. Sin embargo, la determinación de la preceptividad en la asistencia y defensa letrada, así como su contenido, no presentan vocación de continuidad, sino que se predicará en función del estadio en que nos encontremos y del tipo de actuación a practicar.

De otro lado, la solicitud de justicia gratuita podría efectuarse verbalmente, documentando después, al objeto de salvaguardar los derechos del solicitante. Resulta especialmente importante conceder efectividad a la designación letrada, otorgando el tiempo necesario para que se tomen conocimiento de las actuaciones y se pueda preparar una adecuada defensa. Por último significar que el derecho a la asistencia letrada no evita ni, por supuesto, excluye el derecho a la autodefensa.

VI. Los textos normativos internacionales no abordan de manera explícita la especialidad del derecho de defensa en materia de terrorismo. Se habrá de acudir a la Jurisprudencia de las diferentes Cortes internacionales, en su tarea de interpretación del derecho de defensa, recogido en los diferentes textos normativos. A pesar de del amplio reconocimiento del derecho de defensa, se excepcionan, vía jurisprudencial unas veces, vía normativa otras, aspectos del contenido esencial del derecho de defensa, en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo. De forma general, los textos normativos y la Jurisprudencia se hacen eco del adecuado equilibrio que ha de presidir tales actuaciones, si bien, existen determinados ámbitos, donde cabría realizar un mayor esfuerzo al respecto. Principalmente, en cuestiones de acceso a información de la causa, derecho a intérprete, o bien, cuestiones de Derecho probatorio.

Asimismo, cuando acudimos al Derecho comparado podemos afirmar la modulación de las garantías que rodean la sustanciación de los procesos penales, como consecuencia del fenómeno del terrorismo. A raíz de la fecha 11 de septiembre de 2001 se produjeron reformas legislativas en los países de nuestro entorno, con el objetivo de contrarrestar la amenaza del terrorismo y sus consecuencias. Dichas reformas normativas han supuesto la afectación de ámbitos normativos propios pero también ajenos al enjuiciamiento criminal. Tales reformas, no han sabido sobreponerse a las circunstancias actuales.

VII. La finalidad de la detención, desde una interpretación teleológica y gramatical de los textos normativos, se corresponde con el aseguramiento del detenido, del éxito de las investigaciones, como una posible futura condena. Resulta posible incluir la puesta a disposición judicial del detenido entre la finalidades concurrentes en la medida cautelar. La literalidad de la normativa que informa los plazos de detención permite remarcar aún más las anteriores precisiones: si el plazo relativo se conecta con la finalidad de aseguramiento e investigación que informa la medida cautelar, el plazo absoluto hace lo propio respecto de la puesta a disposición judicial. Sin embargo, habida cuenta de las diligencias que la autoridad gubernativa viene asumiendo durante la detención preventiva, una amplitud del límite máximo como la actual no parece tener una proporcionalidad adecuada a tales diligencias. El límite relativo opera como elemento de contención de los efectos perjudiciales que tal amplitud temporal pudiera conllevar. Por tanto, la justificación del plazo máximo no se encontraría tanto en el esclarecimiento de hechos presuntamente delictivos, sino en la finalidad de asegurar la

pretendida eficacia en la investigación de los mismos, más si se tiene en cuenta que las averiguaciones tendentes al esclarecimiento continuarán en fase de instrucción. Asimismo, la posibilidad de prorrogar la situación de detención durante el tiempo legalmente establecido radica en potenciar el aseguramiento del éxito de la investigación en detrimento de la finalidad de garantía judicial. Con ello no se quiere significar que ceda la segunda respecto de la primera, sino que ésta pospone sus efectos durante un período de tiempo determinado, al objeto de procurar un mejor porcentaje de éxito en las investigaciones que se vienen realizando. No se vislumbran argumentos sólidos que permitan deducir que la intervención del órgano instructor pueda resultar perjudicial para el éxito de las tareas investigadoras.

De otro lado, resaltar cómo la actuación del letrado que asiste al detenido en dependencias gubernativas resulta ciertamente disminuida como consecuencia de la normativa aplicable y la dinámica de la investigación en curso: el asesoramiento directo, en cuanto a derechos y estrategias defensivas, brilla por su ausencia. Como muestra, la obligatoriedad de trasladar la entrevista reservada a la finalización de la correspondiente diligencia supone un serio obstáculo para el desarrollo de las actuaciones defensivas. La finalidad de dicha regulación radica en fomentar declaraciones espontáneas o inducidas, que coadyuven al éxito de la investigación. Por su parte, la Jurisprudencia ha excluido la asistencia previa del contenido del derecho a la defensa y representación letrada, si bien, incluye la posibilidad de contradicción en dependencias gubernativas. Resulta paradójico se reconozca la posibilidad de articular el principio de contradicción, si bien, no sea posible articular estrategia defensiva alguna, dado el estadio en que se encuentran las actuaciones. Sin embargo, parece que el derecho comunitario pudiera proponer la reforma de tales aspectos. De no producirse dicha reforma, convendría conceder al letrado asistente una posición activa en la toma de declaración en sede gubernativa.

VIII. La atribución competencial para el conocimiento de un procedimiento de habeas corpus instado en el marco de una investigación por delito de terrorismo provoca incertidumbre para con el principio de intermediación judicial y, consecuentemente, se podrían llegar a diluir las pretendidas notas de eficacia que informan el procedimiento. Críticamente se ha de afirmar que las razones que justifican la atribución competencial a los Juzgados Centrales de Instrucción, presentan un marco que trasciende el ámbito estrictamente jurídico. Asimismo, supone un serio obstáculo en las posibilidades

defensivas del detenido, normalmente incomunicado. Si en un primer momento, razones de política criminal y seguridad aconsejaban descargar al Juzgado de Instrucción de un partido judicial de tan grandes pesares, quizás actualmente tales elementos han visto disminuido su peso específico.

XIX. La detención incomunicada consistiría en una medida cautelar prevista con carácter general, cuya aplicación resulta ser excepcional, con una finalidad netamente investigadora y/o aseguradora. La afirmación de la necesidad genérica de incomunicar inherente a los delitos de terrorismo concluirá afectando los parámetros constitucionales del conocido test de afectación de medidas limitativas de derechos fundamentales. Que la medida sea indispensable o no, nos conduce al análisis del caso concreto, hecho que se desvirtúa con la consideración de una necesidad genérica. Por tanto, resultaría conveniente potenciar mecanismos de contención de eventuales efectos potencialmente perversos que pudieran subvenir en la incomunicación. A tal fin, delimitar la asistencia sanitaria, la videograbación y la presencia regular de sujetos no gubernativos, como mecanismos de contención. Hemos de reseñar que la legislación procesal penal actual no prevé la posibilidad de una impugnación directa y autónoma de la situación de incomunicación, sino por referencia a la concatenación de medidas cautelares que se suceden a lo largo de la investigación penal.

Asimismo, los inconvenientes que presenta la actuación letrada en dependencias gubernativas aumentan exponencialmente ante una situación de incomunicación. A pesar de haberse designado letrado de oficio al objeto de evitar los perjuicios que pudiera acarrear la eventual connivencia con el sujeto sometido a incomunicación. En materia de competencia para acordar, si quiera provisionalmente, la medida de incomunicación, se propone trasladar la decisión gubernativa, en tanto se recibe autorización judicial, al Ministerio Fiscal.

Respecto de los plazos que informan la situación personal del detenido por causa de terrorismo, hemos de significar que la previsible convivencia en el tiempo de la medida de incomunicación con otras medidas cautelares, potencia un estatuto jurídico del detenido seriamente disminuido, por lo que creemos conveniente reducir el plazo máximo a disposición gubernativa, si bien, prolongando el plazo en que éste puede estar a disposición de la autoridad judicial. En cualquier caso, soslayar que el derecho de

defensa del sujeto incomunicado se encuentra ciertamente constreñido aun a presencia judicial.

X. La dinámica de la entrada y del registro domiciliario permite sostener la existencia de dos diligencias de investigación. Independientemente del carácter que se le quiera atribuir a una respecto del otro, lo cierto es que se encuentran relacionadas en el plano práctico, restringiendo, según los casos, derechos fundamentales diversos. Hemos de descartar que la autorización judicial limitativa del derecho fundamental referido, acordada judicialmente pueda afectuarse verbalmente, *ab initio*, pues la urgencia que pudiera justificar la autorización verbal del órgano judicial competente a los efectos oportunos, debería decaer como consecuencia de la correcta articulación de uno de los elementos habilitantes de la intromisión pública domiciliar: la flagrancia delictiva. En dicha autorización la determinación del titular u ocupantes del domicilio, no creemos sea en modo alguno concluyente. O al menos no lo será en los términos en que la determinación espacial y, sobre todo material, deberían serlo, a pesar de determinadas situaciones excepcionales que aconsejan dotar de los necesarios medios materiales y personales a la autoridad gubernativa.

XI. La entrada en domicilio vendrá precedida de toda una serie de actuaciones que se incardinan en el curso de una más amplia investigación, y que previsiblemente, permitirá que dicha investigación pueda seguir arrojando resultados, por lo que convendría extender la asistencia letrada hasta la propia práctica del registro. Opción sólo excepcionable cuando acreditadas razones lo justifiquen, y que, asimismo, contribuye a garantizar los derechos del sujeto cuyas dependencias se someten a examen, validando el letrado con su firma, los términos de su práctica. La cuestión acerca de la necesaria asistencia durante la práctica de la entrada y del registro debemos conectarla con el status procesal que tenga el sujeto cuya morada se pretende inspeccionar, en el momento en que dicha inspección va a producirse. La formulación de cargos se constituye entonces en el parámetro que delimita la necesaria prestación de dicha asistencia letrada. En primer lugar, la intromisión y registro domiciliario dispondrá unos efectos y unas consecuencias que trascienden del ámbito constitucional establecido por el art. 18.2 CE. Centrar el debate exclusivamente en las formalidades, constitucionales y legales de la medida cautelar, y en los efectos que soporta el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliar resulta a todas luces, un posicionamiento



sesgado, por cuanto los resultados que de las actuaciones se deriven tendrán incidencia directa en el proceso penal posterior. Habiéndose producido una formulación de cargos y mediando una restricción de derechos fundamentales de indudablemente trascendencia procesal, el sujeto investigado ha de tener, necesariamente, derecho a recibir asistencia letrada. Nótese que el principio de contradicción, generalmente, actuará respecto del cumplimiento de las formalidades previstas constitucional y legalmente, y ello a pesar de que los resultados del registro puedan alcanzar un determinado valor a efectos probatorios. En segundo lugar, los resultados obtenidos en la práctica del registro pueden suponer la formulación directa de cargos frente al sujeto investigado. Si el sujeto se encuentra privado de libertad, siendo requisito legal su efectiva presencia física en el domicilio mientras se están practicando las actuaciones, a lo que habrá de añadirse, siempre y cuando no suponga un peligro para con la práctica del registro, nada impide que el letrado defensor pueda personarse en dicho domicilio. Por último, considerar las actuaciones que requieran una más acentuada inmediatez en su práctica, donde no obstante, serán las específicas circunstancias, principalmente respecto del aseguramiento material de las eventuales fuentes de prueba, quienes aconsejen el momento en que pueda concederse efectividad a la presencia del letrado asistente en las actuaciones. La asistencia de letrado en las entradas, en que la misma sea viable, y en los registros que posteriormente se desarrollen, conlleva más ventajas que inconvenientes en la pretendida maximización de la eficacia en la investigación de los delitos.

Por último, el procedimiento que regula la forma en que se documenta la práctica del registro completamente desvinculado de la realidad que supone el uso de las tecnologías que permiten la posterior reproducción de lo actuado. A tal fin se propone que toda la práctica del registro se gestione en forma tal que permita su inserción en soporte apto para su posterior reproducción. Principalmente por las ventajas que supone para un proceso penal posterior, tanto por la posibilidad de contradecir lo grabado como por la seguridad que brinda en el desarrollo de las tareas investigadoras. A pesar de que en la práctica sucedan tales aspectos, éstos deberían regularse normativamente.

XII. La operatividad de la observación de comunicaciones, como su instrumentalidad respecto del resto de medidas limitativas de derechos fundamentales que se articulan durante la investigación criminal, impide conceder el carácter inmediato asegurador de

los resultados. Por tanto, la ausencia de inmediatez material en cuanto a resultados justifica la necesidad de disponer de autorización judicial habilitante ante el advenimiento casual de nuevos hechos delictivos conocidos como consecuencia de la previa observación.

Asimismo, la regulación de la observación de comunicaciones no delimita los tipos delictivos susceptibles de permitir tan intromisiva medida cautelar. Será la Jurisprudencia, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, adaptable a las circunstancias concurrentes, quien se encargue de realizar tales determinaciones, y así referencia los delitos graves. Sin embargo, los citados argumentos aún permiten ciertas generalizaciones tendentes a confundir proporcionalidad con resultado.

XIII. La práctica de la observación de comunicaciones y la declaración del secreto sumarial presentan una vinculación diferente para con el actual concepto de publicidad procesal. La puesta en conocimiento de los resultados obtenidos con la observación de comunicaciones se articula respecto de las partes personadas, con merma de los derechos fundamentales del sujeto intervenido si trascendiera a la opinión pública el contenido de un material con carácter de fuente de prueba. De otro lado, entendemos que la notificación de la declaración del secreto de sumario podría hacer perder cierta fiabilidad a la medida cautelar limitativa del derecho al secreto de las comunicaciones. Ahora bien, la Ley de Enjuiciamiento Criminal se dictó con vocación de ser cumplida, al menos no se discutirá que esa fue la intención del Legislador. Por tanto, no puede admitirse, esgrimiendo razones de lógica e interpretación jurídica, que los arts. 302 y 118 ambos LEcrim, puedan ser subsumidos en el contenido del art. 579 LEcrim. Cabría entonces considerar el estado en que se encuentran las actuaciones. Si no se ha procedido a la formulación y traslado cargos, necesariamente se deberá dar cumplimiento al art. 118 LEcrim, en garantía de los derechos fundamentales del sujeto sometido a investigación. La formulación y traslado cargos será excepcionable en aquellos casos permitidos por el art. 302 LEcrim. Pretender desapoderar al sujeto investigado de los derechos procesales que la asisten vía art. 579 LEcrim, resulta cuanto menos cuestionable. Si se ha procedido a la formulación y traslado de cargos, los efectos potencialmente perjudiciales de la falta de observancia del contenido del art. 302 LEcrim se podrían reducir sensiblemente, por cuanto el imputado, ya asistido de su letrado, conoce la existencia de la investigación penal. Asimismo, entendemos que la

remisión del carácter secreto de las actuaciones a la naturaleza de la observación de las comunicaciones puede suponer un serio menoscabo del derecho del sujeto investigado a conocer las razones fácticas y jurídicas que fundamentan ambas medidas y la oportunidad de someter las mismas al buen juicio de un órgano judicial competente en segunda instancia. Observación de comunicaciones y secreto de sumario aun cuando podrían encontrar numerosos puntos de encuentro respecto de los fundamentos que justifican una y otra medida, disponen unos efectos sobre los derechos fundamentales del sujeto investigado y unas consecuencias materiales de índole diversa, y ello aconseja que la motivación de sendas resoluciones judiciales se realice de forma separada. Deducir la declaración del secreto de sumario implícita en la decisión de afectar las comunicaciones también podría significar la creación de un oscuro espacio de actuación desde el momento en que se sobrepase el plazo máximo de un mes previsto para el secreto de sumario. Aun cuando la diferencia de plazos fuera solventada, la postura que aquí se asume reitera la exigencia de declaración del secreto sumarial con antelación, o bien de forma simultánea, a la decisión de limitar el derecho al secreto de las comunicaciones.

XIV. La constatación del carácter urgente de determinadas modalidades de observación de comunicaciones presenta ciertas dudas sobre la base que sustenta dicho previo conocimiento del estado de preparación y consumación del tipo delictivo investigado, lo cual otorga carácter imprescindible a la observación, y por ende resulta necesario actuar con urgencia. Cómo saber qué comunicaciones deben ser afectadas, de forma tan inminente, que no ha lugar a solicitar la autorización judicial habilitante sino después de que la limitación del derecho fundamental se haya efectivamente practicado. Y sin embargo sí que resulta posible contar con autorización gubernativa habilitante. Habría que preguntarse cómo resulta posible contar *in situ* con todo un operativo de observación de comunicaciones privadas o emitir solicitud a la empresa o sistema competente, vista la premura que previene el precepto. Por el contrario, dicha urgencia en la inmediata observación de comunicaciones podría encontrarse implícita en determinadas modalidades de comunicación, como por ejemplo puedan ser aquéllas canalizadas a través de medios informáticos cualificados por las especialidades que permiten en cuanto a la transmisión y recepción de información telemática.

Las reglas jurisprudenciales que determinan la concurrencia de urgencia en la práctica de una observación de comunicaciones acordada gubernativamente, rodean la limitación del derecho fundamental de toda una serie de garantías que permitirían su valoración posterior por parte de un órgano judicial competente. Podemos afirmar que la misma esencia de la medida, en su aplicación, es ya excepcional, pues se configura como un instrumento limitativo de derechos fundamentales. De tal forma, nos encontramos con que:

- Entre la opción de observación o no observación, la regla informa la segunda mientras la excepción hace lo propio con la primera.
- Una vez decidida la observación, acogiéndose la excepción en detrimento de la regla, la previa autorización judicial es pauta ordinaria mientras la adopción gubernativa será extraordinaria.

Aparecen entonces dos excepciones que si bien operan en dos momentos contiguos, vienen referidas a un mismo hecho delictivo. Un primer momento viene referido a la opción inicial de acordar la medida, esto es, la decisión preliminar de afectar un derecho fundamental, y su correlativo, esto es, un segundo instante que se corresponde con la excepcionalidad que representa la adopción de una medida limitativa de derechos fundamentales decidida, por tiempo limitado y ante razones de urgencia, por un órgano gubernativo.

XV. La observación de las comunicaciones de personas no imputadas o sobre las que ni tan siquiera recae indicio alguno de responsabilidad criminal, sin que medie una previa decisión judicial que autorice tales prácticas, permite considerar la posibilidad de que toda persona pudiera ser potencialmente afectada en sus comunicaciones desde el momento en que se afirme la existencia de indicios criminales que recaen no sobre ésta, sino sobre tercero del que se cree, sin mencionar nota de razonabilidad alguna, utiliza tales comunicaciones con fines instrumentales respecto de determinados delitos. Ahora bien, dicha instrumentalización habrá de ser objetivamente demostrable, vista la necesaria vinculación entre la suficiencia de los indicios concurrentes y la persona concreta cuyas comunicaciones se conviene intervenir, así como, resulta necesario delimitar claramente las razones que informan la pertinencia de dicha medida. La comunicación instrumental habrá de venir referida a terceras personas no incluidas en el *itinere* delictivo. Una vez valoradas las específicas circunstancias concurrentes,

afirmando el carácter excepcional y el restringido uso de la observación gubernativa deberemos concluir que tal competencia, aun no siendo inicial, existe: la autoridad gubernativa está facultada para acordar la observación de las comunicaciones en los casos previstos, por un período de tiempo limitado, y atendidos los requisitos exigidos.

XVI. Desde la perspectiva investigadora, la atribución competencial de tales cuestiones a los órganos judiciales centralizados no debería suponer una merma excesiva de los derechos fundamentales del sujeto investigado. La exigencia de comunicación contenida en el art. 579.4 LEcrim se compone tan sólo de la genérica obligación de comunicar, la forma en que dicha comunicación se ha de efectuar y la inmediatez con que la misma es requerida, sin que se haga referencia alguna a su contenido. Del tenor del precepto se puede concluir que dicha comunicación comprende tanto el hecho de la restricción como la justificación de ésta última. Ahora bien, a ello se debería añadir las resultas obtenidas a partir de la primaria observación, pues aun estando la investigación en un estadio inicial, con ello se posibilitaría un adecuado control judicial de la medida en atención a decidir la conveniencia de continuar con la observación de las comunicaciones ya practicada.

Respecto de la decisión gubernativa para restringir las comunicaciones, se propone atribuir al Fiscal General del Estado, o en su defecto, el Fiscal Jefe de la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, competencias para acordar, inicialmente, la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones en los casos en que las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas elementos terroristas o rebeldes.

XVII. El derecho de defensa presenta unas características propias en cuanto al contexto en que el mismo está llamado a desarrollarse, de indudable naturaleza pública: el proceso jurisdiccional. Los derechos procesales fundamentales, por tanto, no admiten una afectación de sus consecuencias con la misma intensidad que el resto de derechos fundamentales que puedan presentar una determinada incidencia procesal. El derecho de defensa no resultaría susceptible de restricción, en los términos constitucionales que presenta el secreto de las comunicaciones, sino que se trataría de una suspensión temporal en su articulación, desplegando sus efectos con posterioridad al levantamiento de dicha suspensión. El derecho de defensa concluirá articulándose frente a la acusación que contra el sujeto pasivo del proceso penal se sostenga, si bien, en un momento

temporal posterior, permitiéndose así garantizar el éxito de las tareas investigadoras. La legitimidad de la afectación de tales derechos dependerá del marco normativo y fáctico en que la afectación se produzca. Sin embargo, la cláusula de cierre de los apartados primero y segundo del art. 579 LEcrim permite una interpretación cuanto menos heterodoxa. La amplitud con que se regula la observación de comunicaciones en tales supuestos permitiría que ante la presencia de meros indicios de obtener información, sin mejor nota que la importancia de los eventuales datos que afloran de la observación, expresado en condiciones de probabilidad, legitimasen tan severa vulneración de derechos fundamentales. A tal fin, rechazamos rotundamente que la citada cláusula de cierre pueda permitir la limitación de los mencionados derechos fundamentales, mediante un sistema analítico basado en condiciones probabilísticas de tan endeble entidad. El derecho de defensa y su correspondiente articulación a través de los presupuestos e instrumentos desarrollados anteriormente, configuran la propia estructura del proceso jurisdiccional, y en cuanto tal actúa a modo de límite infranqueable frente a eventuales observaciones sobre las comunicaciones producidas entre cliente y letrado, y muy especialmente, aquellas sucedidas con objeto del desarrollo de las correspondientes estrategias defensivas.

Asimismo, debemos descartar entonces la observación de comunicaciones con el letrado defensor en quien no concurren notas de posible participación o relación de instrumentalidad delictiva, objetivamente demostrables. Sin embargo, vista la regulación del citado apartado cuarto, debemos resaltar que, en principio, cabría afectar las comunicaciones habidas entre el sujeto investigado y su letrado defensor, mediante la decisión de un órgano gubernativo. Un auténtico despropósito. En efecto, en desarrollo de la suspensión constitucional prevista en el art. 55.2 CE, se establece la limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, prescindiendo de la garantía judicial que el art. 18.3 CE impone. Para ello, la observación gubernativa de las comunicaciones se ha rodeado de una serie de condicionantes cuya observancia presupone la conformidad a Derecho de la medida. Tales extremos se contienen principalmente en la constatación del carácter urgente de la medida, la especialidad delictiva para la que está pensada, así como la determinación de las comunicaciones susceptibles de ser intervenidas por esta vía. Y en la específica materia que nos ocupa, se trataría de una medida acordada con afectación del derecho de defensa del sujeto cuyas comunicaciones se acuerdan afectar y del carácter confidencial de la relación

profesional existente entre el sujeto investigado y su abogado defensor. En lógica consecuencia, entendemos que no existiría habilitación normativa, visto el contenido de los arts. 24 y 55.2 CE, para aceptar la legitimidad y validez de una observación de comunicaciones habidas entre el sujeto investigado y su letrado defensor, ordenada por la autoridad gubernativa, en el marco de las actuaciones investigadoras contraterroristas. Principalmente, porque no le está dado a la autoridad gubernativa acordar la afectación del derecho de defensa, ni tan siquiera mediante la vía indirecta que pudiera prever el art. 55.2 CE: junto al plazo de la detención y el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, la suspensión prevista constitucionalmente se refiere a la garantía judicial que informa el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, *stricto sensu*.

## **COMPENDIO DE SENTENCIAS**



## **COMPENDIO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.**

STS de 11 de mayo de 1988.	Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater.
STS de 11 de octubre de 1988.	Ponente: D. Fernando Díaz Palos.
STS de 27 marzo de 1990.	Ponente: D. Luis Román Puerta.
STS de 11 mayo de 1990.	Ponente: D. Enrique Ruiz Vadillo.
STS de 25 junio de 1990.	Ponente: D. Enrique Ruiz Vadillo.
STS de 30 octubre de 1992.	Ponente: D. Francisco Soto Nieto.
STS de 11 de diciembre de 1992.	Ponente: D. José Augusto de Vega Ruiz.
STS de 27 de mayo de 1993.	Ponente: D. Enrique Ruiz Vadillo.
STS de 25 de junio de 1993.	Ponente: D. José Antonio Martín Pallín.
STS de 28 de junio de 1993.	Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas.
STS de 17 de julio de 1993.	Ponente: D. Enrique Ruiz Vadillo.
STS de 16 de octubre de 1993.	Ponente: D. Enrique Ruiz Vadillo.
STS de 4 de febrero de 1994.	Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro.
STS de 14 de marzo de 1994.	Ponente: D. Joaquín Delgado García.
STS de 18 de marzo de 1994.	Ponente: D. Francisco Soto Nieto.
STS de 4 de mayo de 1994.	Ponente: D. Enrique Ruiz Vadillo.
STS de 9 de mayo de 1994.	Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro.
STS de 31 de octubre de 1994.	Ponente: D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.
STS de 4 de noviembre de 1994.	Ponente: D. Joaquín Delgado García.
STS de 1 de febrero de 1995.	Ponente: D. Francisco Soto Nieto.
STS de 20 de febrero de 1995.	Ponente: D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.
STS de 7 de abril de 1995.	Ponente: D. Francisco Soto Nieto.
STS de 17 abril de 1995.	Ponente: D. Roberto Hernández Hernández.
STS de 8 de mayo de 1995.	Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
STS de 14 de junio de 1995.	Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
STS de 1 de diciembre de 1995.	Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
STS de 26 de enero de 1996.	Ponente: D. Fernando Cotta Márquez de Prado.
STS de 11 de marzo de 1996.	Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel.
STS de 12 de julio de 1996.	Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
STS de 22 de julio de 1996.	Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater.
STS de 3 octubre de 1996.	Ponente: D. Eduardo Móner Muñoz.
STS de 7 de diciembre de 1996.	Ponente: D. Joaquín Delgado García.
STS de 16 de diciembre de 1996.	Ponente: D. Gregorio García Ancos.
STS de 17 de febrero de 1997.	Ponente: D. Luis Román Puerta Luis.
STS de 7 de marzo de 1997.	Ponente: D. José Augusto de Vega Ruiz.
STS de 14 de abril de 1997.	Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

STS de 5 mayo de 1997.	Ponente: D. Joaquín Delgado García.
STS de 26 de septiembre de 1997.	Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
STS de 6 octubre de 1997.	Ponente: D. Joaquín Martín Canivell.
STS de 2 diciembre de 1997.	Ponente: D. Ramón Montero Fernández-Cid.
STS de 7 de marzo de 1998.	Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel.
STS de 11 de mayo de 1998.	Ponente: D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.
STS de 12 de junio de 1998.	Ponente: D. Luis Román Puerta Luis.
STS de 18 septiembre de 1998.	Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo.
STS de 28 de septiembre de 1998.	Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo.
STS de 3 de octubre de 1998.	Ponente: D. Gregorio García Ancos.
STS de 23 de octubre de 1998.	Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel.
STS de 16 de noviembre de 1998.	Ponente: D. José Jiménez Villarejo.
STS de 1 de septiembre de 1999.	Ponente: D. José Antonio Marañón Chávarri.
STS de 19 de noviembre de 1999.	Ponente: D. Carlos Granados Pérez.
STS de 12 de abril de 2000.	Ponente: D. Luis Román Puerta.
STS de 6 julio de 2000.	Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta.
STS de 19 de febrero de 2001.	Ponente: D. Perfecto Andrés Ibáñez.
STS de 10 de mayo de 2001.	Ponente: D. Gregorio García Ancos.
STS de 8 de junio de 2001.	Ponente: D. José Jiménez Villarejo.
STS de 14 noviembre de 2001.	Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano.
STS de 23 de noviembre de 2001.	Ponente: D. Joaquín Delgado García.
STS de 30 de abril de 2002.	Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
STS de 4 de noviembre de 2002.	Ponente: D. Julián Sánchez Melgar.
STS de 30 de enero de 2003.	Ponente: D. José Antonio Marañón Chávarri.
STS de 13 de marzo de 2003.	Ponente: D. Julián Sánchez Melgar.
STS de 24 de abril de 2003.	Ponente: D. Joaquín Giménez García.
STS de 25 de junio de 2003.	Ponente: D. Juan Saavedra Ruiz.
STS de 14 de enero de 2004.	Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer.
STS de 22 abril de 2005.	Ponente: D. Luis Román Puerta.
STS de 28 de octubre de 2005.	Ponente: D. Julián Sánchez Melgar.
STS de 14 marzo de 2006.	Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.
STS de 31 de mayo de 2006.	Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer.
STS de 13 de julio de 2006.	Ponente: D. Joaquín Delgado García.
STS de 20 de septiembre de 2006.	Ponente: D. Perfecto Andrés Ibáñez.
STS de 16 de febrero de 2007.	Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta.
STS de 18 abril de 2007.	Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo.
STS de 17 diciembre de 2007.	Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater.
STS de 8 de abril de 2008.	Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer.
STS de 8 abril de 2008.	Ponente: D. Manuel Marchena Gómez.

STS de 30 abril de 2008.	Ponente: D. José Antonio Martín Pallín.
STS de 9 de mayo de 2008.	Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater.
STS de 25 de junio de 2008.	Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.
STS de 24 de julio de 2008.	Ponente: D. Julián Sánchez Melgar.
STS de 29 junio de 2009.	Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano.
STS de 6 julio de 2009.	Ponente: D. Joaquín Giménez García.
STS de 5 de noviembre 2009	Ponente: D. Luciano Varela Castro.
STS de 17 de diciembre de 2009.	Ponente: D. Siro Francisco García Pérez.
STS de 30 de junio de 2010.	Ponente: D. Juan Saavedra Ruiz.
STS de 7 julio de 2010.	Ponente: D. Manuel Marchena Gómez.
STS de 29 abril de 2011.	Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.
STS de 25 de mayo de 2011.	Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.
STS de 18 octubre de 2011.	Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.
STS de 12 de diciembre de 2011.	Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta.
STS de 17 de enero de 2012.	Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.
STS de 9 de febrero de 2012.	Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.
STS de 4 de julio de 2012.	Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano.
STS de 13 de julio de 2012.	Ponente: D. Antonio del Moral García.
STS de 20 de septiembre de 2012.	Ponente: D. Alberto Jorge Barreiro.
STS de 18 de abril de 2013.	Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

## **COMPENDIO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

STC 9/1981, de 31 de marzo.	Ponente: D. Rafael Gómez-Ferrer Morant.
STC 31/1981, de 28 de julio.	Ponente: Dña. Gloria Begué Cantón.
STC 9/1982, de 10 de marzo.	Ponente: D. Francisco Tomás y Valiente.
STC 33/1982, de 8 de junio.	Ponente: D. Ángel Latorre Segura.
STC 42/1982, de 5 de julio.	Ponente: D. Francisco Rubio Llorente.
STC 22/1984, de 17 de febrero.	Ponente: D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.
STC 93/1984, de 16 de octubre.	Ponente: D. Rafael Gómez-Ferrer Morant.
STC 110/1984, de 26 de noviembre.	Ponente: D. Ángel Latorre Segura.
STC 114/1984, de 29 de noviembre.	Ponente: D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.
STC 31/1985, de 5 de marzo.	Ponente: D. Rafael Gómez-Ferrer Morant.
STC 59/1985, de 6 de mayo.	Ponente: D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.
STC 110/1985, de 8 de octubre.	Ponente: D. Ángel Escudero del Corral.
STC 137/1985, de 17 de octubre.	Ponente: D. Francisco Pera Verdaguer.
STC 48/1986, de 23 de abril.	Ponente: D. Jesús Leguina Villa.
STC 98/1986, de 10 de julio.	Ponente: D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.
STC 141/1986, de 12 de noviembre.	Ponente: D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.
STC 23/1987, de 23 de febrero.	Ponente: D. Ángel Latorre Segura.
STC 47/1987, de 22 de abril.	Ponente: D. Eugenio Díaz Eimil.
STC 74/1987, de 25 mayo.	Ponente: D. Ángel Latorre Segura.
STC 148/1987, de 28 de septiembre.	Ponente: D. Rafael de Mendizábal Allende.
STC 196/1987, de 11 de diciembre.	Ponente: D. Eugenio Díaz Eimil.
STC 199/1987, de 16 de diciembre.	Ponente: D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.
STC 11/1988, de 2 de febrero.	Ponente: D. Rafael Gómez-Ferrer Morant.
STC 37/1988, de 3 de marzo.	Ponente: D. Francisco Tomás y Valiente.
STC 153/1988, de 20 de julio.	Ponente: Dña. Gloria Begué Cantón.
STC 176/1988, de 4 de octubre.	Ponente: D. Eugenio Díaz Eimil.
STC 56/1990, de 29 de marzo.	Ponente: D. Vicente Gimeno Sendra.
STC 104/1990, de 4 de junio.	Ponente: D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.
STC 120/1990, de 30 de julio.	Ponentes: D. Vicente Gimeno Sendra, D. Luis López Guerra y D. Eugenio Díaz Eimil.
STC 44/1991, de 25 de febrero.	Ponente: D. José Gabaldón López.
STC 44/1991, de 25 de febrero.	Ponente: D. Álvaro Rodríguez Bereijo.
STC 160/1991, de 18 de julio.	Ponente: D. Luis López Guerra.
STC 208/1992, de 30 de noviembre.	Ponente: D. Vicente Gimeno Sendra.
STC 341/1993, de 18 de noviembre.	Ponente: D. Fernando García-Mon y González Regueral.
STC 2/1994, de 17 de enero.	Ponente: D. Rafael de Mendizábal Allende.

STC 12/1994, de 17 de enero.	Ponente: D. Vicente Gimeno Sendra.
STC 16/1994, de 20 de enero.	Ponente: D. Carles Viver Pi-Sunyer.
STC 85/1994, de 14 de marzo.	Ponente: D. Fernando García-Mon y González Regueral.
STC 204/1994, de 11 de julio.	Ponente: D. Pedro Cruz Villalón.
STC 290/1994, de 27 de octubre.	Ponente: D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.
STC 1/1995, de 10 de enero.	Ponente: D. Pedro Cruz Villalón.
STC 18/1995, de 24 de enero.	Ponente: D. Vicente Gimeno Sendra.
STC 29/1995, de 6 febrero.	Ponente: D. Pedro Cruz Villalón.
STC 50/1995, de 23 de febrero.	Ponente: D. Rafael de Mendizábal Allende
STC 61/1995, de 29 de mayo.	Ponente: D. Carlos de la Vega Benayas.
STC 126/1995, de 25 de julio.	Ponente: D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.
STC 133/1995, de 25 de septiembre.	Ponente: D. Rafael de Mendizábal Allende.
STC 181/1995, de 11 de diciembre.	Ponente: D. Pedro Cruz Villalón.
STC 31/1996, de 27 de febrero.	Ponente: D. Pedro Cruz Villalón.
STC 49/1996, de 26 de marzo.	Ponente: D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.
STC 40/1996, de 12 de marzo.	Ponente: D. Francisco Javier Delgado Barrio.
STC 66/1996, de 16 de abril.	Ponente: D. Francisco Javier Delgado Barrio.
STC 72/1996, de 24 de abril.	Ponente: D. José Gabaldón López.
STC 86/1996, de 21 de mayo.	Ponente: D. Pedro Cruz Villalón.
STC 92/1996, de 27 mayo.	Ponente: D. Carles Viver Pi-Sunyer.
STC 105/1996, de 11 junio.	Ponente: D. Vicente Gimeno Sendra.
STC 112/1996, de 24 de junio.	Ponente: D. Tomás S. Vives Antón.
STC 170/1996, de 29 de octubre.	Ponente: D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.
STC 123/1997, de 1 de julio.	Ponente: D. Enrique Ruiz Vadillo.
STC 176/1997, de 27 de octubre.	Ponente: D. Tomás S. Vives Antón.
STC 200/1997, de 24 de noviembre.	Ponente: D. Carles Viver Pi-Sunyer.
STC 12/1998, de 15 enero.	Ponente: D. Álvaro Rodríguez Bereijo.
STC 41/1998, de 24 de febrero.	Ponente: D. Pedro Cruz Villalón.
STC 44/1998, de 24 febrero.	Ponente: D. Vicente Gimeno Sendra.
STC 58/1998, de 16 marzo.	Ponente: D. Carles Viver Pi-Sunyer.
STC 117/1998, de 2 de junio.	Ponente: D. Vicente Gimeno Sendra.
STC 121/1998, de 15 de junio.	Ponente: D. Tomás S. Vives Antón.
STC 49/1999, de 5 abril.	Ponente: D. Tomás S. Vives Antón.
STC 69/1999, de 26 abril.	Ponente: D. Julio Diego González Campos.
STC 139/1999, de 22 de julio.	Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas.
STC 171/1999, de 27 de septiembre.	Ponente: D. Carles Viver Pi-Sunyer.
STC 166/1999, de 27 de septiembre.	Ponente: D. Pablo García Manzano.
STC 239/1999, de 20 de diciembre.	Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde.

STC 8/2000, de 17 de enero.	Ponente: D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.
STC 92/2000, de 10 de abril.	Ponente: D. Rafael de Mendizábal Allende.
STC 127/2000, de 16 mayo.	Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde.
STC 288/2000, de 27 de noviembre.	Ponente: D. Julio Diego González Campos.
STC 299/2000, de 11 de diciembre.	Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas.
STC 14/2001, de 29 de enero.	Ponente: D. Julio Diego González Campos
STC 16/2001, de 29 de enero.	Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez.
STC 202/2001, de 15 de octubre.	Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez.
STC 10/2002, de 17 enero.	Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo.
STC 70/2002, de 3 de abril.	Ponente: D. Fernando Garrido Falla.
STC 82/2002, de 22 de abril.	Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde.
STC 167/2002, de 18 de septiembre.	Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas.
STC 182/2002, de 14 octubre.	Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera.
STC 194/2002, de 28 de octubre.	Ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar.
STC 202/2000, de 24 de julio.	Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas.
STC 205/2002, de 11 de noviembre.	Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo.
STC 184/2003, de 23 de octubre.	Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde.
STC 22/2003, de 10 de febrero.	Ponente: D. Francisco Javier Delgado Barrio.
STC 61/2003, de 24 de marzo.	Ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar.
STC 95/2003, de 22 de mayo.	Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez.
STC 7/2004, de 9 de febrero.	Ponente: D. Pablo García Manzano.
STC 189/2004, de 2 de noviembre.	Ponente: D. Francisco Javier Delgado Barrio.
STC 65/2005, de 14 de marzo.	Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas
STC 148/2005, de 6 de junio.	Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo.
STC 205/2005, de 18 de julio.	Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera.
STC 259/2005, de 24 de octubre.	Ponente: D. Francisco Javier Delgado Barrio.
STC 261/2005, de 24 de octubre.	Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo.
STC 339/2005, de 20 diciembre.	Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde.
STC 26/2006, de 30 de enero.	Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez.
STC 150/2006, de 22 de mayo.	Ponente: D. Pablo Pérez Tremps.
STC 239/2006, de 17 de julio.	Ponente: D. Javier Delgado Barrio.
STC 253/2006, de 11 de septiembre.	Ponente: D. Francisco Javier Delgado Barrio.
STC 281/2006, de 9 de octubre.	Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde.
STC 65/2007, de 27 marzo.	Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel.
STC 146/2007, de 18 junio.	Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo.
STC 209/2007, de 24 septiembre.	Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde.
STC 258/2007, de 18 diciembre.	Ponente: D. Pablo Pérez Tremps.
STC 123/2008, de 20 de octubre	Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas.
STC 120/2009, de 18 mayo.	Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

STC 174/2009, de 16 julio.	Ponente: D. Pablo Pérez Tremps.
STC 197/2009, de 28 de septiembre.	Ponente: D. Javier Delgado Barrio.
STC 26/2010, de 27 de abril.	Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo.
STC 63/2010, de 18 de octubre.	Ponente: D. Javier Delgado Barrio.
STC 72/2010, de 18 de octubre.	Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo.
STC 9/2011, de 28 de febrero.	Ponente: D. Javier Delgado Barrio.
STC 88/2011, de 6 de junio.	Ponente: D. Luis Ignacio Ortega Álvarez.
STC 141/2011, de 26 septiembre.	Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas.
SSTC 174/2011, de 7 de noviembre.	Ponente: D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel
STC 95/2012, de 7 de mayo.	Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera.
STC 63/2012, de 18 de octubre.	Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo.
STC 75/2013, de 8 abril.	Ponente: Dña. Adela Asua Batarrita

## **BIBLIOGRAFÍA**



AGUILERA MORALES, M., *El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español*, Cedecs, Barcelona, 1998.

ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, *El Allanamiento en el Proceso Penal*, EJEA, Buenos Aires, Argentina, 1962.

- «Legítima defensa y proceso», en *Estudios Penales en Homenaje al R.P. Julián Pereda S.J.*, Bilbao, 1965.
- *Proceso, autocomposición y autodefensa: (contribución al estudio de los fines del proceso)*, Universidad Autónoma, México, 1991.

ALCACER GUIRAO, «La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH», en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, octubre, 2013.

ALMAGRO NOSETE, *Constitución y Proceso*, Hijos de José Bosch, San Antonio de Calonge, Gerona, 1984.

- *Consideraciones de Derecho procesal*, Bosch, D.L., Barcelona, 1987.
- «La jurisdicción (III)», en *Derecho Procesal. Proceso Civil*, (con Gimeno Sendra, Moreno Catena y Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 1986, Tomo I, Vol. I.

ALONSO DE ANTONIO, *El derecho de inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*, Colex, Madrid, 1993.

ÁLVAREZ CONDE, «Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales», (con Hortensia González), en *ARI*, 2006, nº 7.

AMATO G., «Nozione di «reato politico» fuori gioco ai fini della concessione dell'estradiizione», en *Guida al diritto*, nº13.

ANTA, *La detección del engaño*, Tirant Humanidades, Valencia, 2013.

ARAGONESES MARTÍNEZ, «El sumario (II)», en *Derecho procesal penal*, (con de la Oliva Santos, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), en *Derecho Procesal Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007.

- «El sumario (III). Las medidas Cautelares» en *Derecho Procesal Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007.

ASENCIO MELLADO, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1991

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 1992.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «Garantías en la constitución ante la suspensión de derechos fundamentales», en *Sistema*, 1981, nº 42.

BARONA VILAR, *La conformidad en el Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

- «La conformidad como manifestación de la justicia negociada y la tutela judicial efectiva penal», en *Justicia*, 1997, nº 1.
- *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

BERGALLI, «Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado en la modernidad tardía» en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, «*Cedant Arma Togae*», (Coords. Losano y Muñoz Conde), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

BERNARDI, «Seguridad y Derecho Penal en Italia y en la Unión Europea», *Polít. crim.*, 2010, Vol. 5, nº 9.

BORRAJO INIESTA, *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1995.

BUSTOS RAMÍREZ, «Inseguridad y lucha contra el terrorismo» » en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, «*Cedant Arma Togae*», (Coords. Losano y Muñoz Conde), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

- BUTRÓN BALIÑA, *La conformidad del acusado en el proceso penal*, McGraw – Hill, Madrid, 1998.
- CABEZUDO BAJO, *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, Iustel, Madrid, 2004.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Comares, Granada, 1996.
- CALAMANDREI, «El concepto de litis en el pensamiento de Francesco Carnelutti», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.
- *Derecho procesal civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Vol. 1.
- CAMPO MORENO, *La represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, Editorial General de Derecho, Sedavi (Valencia), 1997.
- CARNELUTTI, *Sistema del derecho procesal civil*, Uteha, Argentina, 1944.
- CAROCCA PÉREZ, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Bosch, Barcelona, 1998.
- CASAS VALLÉS, «Inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987.
- CASTILLEJO MANZANARES, *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley Actualidad, 2011.
- CATALINA BENAVENTE, *El Tribunal Supremo y la tutela de los derechos fundamentales. El recurso de casación y el art. 53.2 de la CE*, Tirant Online, 2010, (ref. de 1 de marzo de 2013), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).
- CHAMORRO BERNAL, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del art. 24.1 de la Constitución* Bosch, Barcelona, 1994.
- *El artículo 24 de la Constitución*, IURA, Barcelona, 2005, Tomo I.

CHIAVARO, «La justicia penal italiana, a la búsqueda continua de un proceso justo», en *Terrorismo y Proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

CLIMENT DURANT, *La prueba penal*, Tirant Online, 2005, (ref. de 12 de enero 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

COLMENERO GUERRA, *El recurso de suplicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

COLOMER HÉRNANDEZ, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

CORDÓN MORENO, «El Derecho a obtener la tutela judicial efectiva», en *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, D.L, Madrid, 2005.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1987-1988, Tomo I, Vol. I.

- «El proceso», en *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- «La acusación y la imputación», en *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CUPELLI, C., «Il nuovo art. 270-bis c.p.: emergenze di tutela e deficit di determinatezza», en *Cass. pen.*, 2002.

DAMASKA, «Aspectos globales de la reforma del proceso penal», en *Reformas de la Justicia Penal en las Américas*, Fundación para el Debido Proceso Legal, 1999.

DE DIEGO DÍEZ, *La conformidad del acusado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- «Alcance de los términos “sentencia de estricta conformidad”» en *Cuadernos de Derecho judicial*, nº XXIV, 1997
- *El derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley*, Tecnos, Madrid, 1998.
- *El derecho de acceso a los recursos: doctrina constitucional*, Colex, Madrid, 1998.

- «El proceso de habeas corpus: presupuestos materiales», en *Derecho procesal penal*, Tirant Online, 2000, (ref. de 19 de junio de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).
- «La inspección ocular como medio de prueba», en *El proceso penal*, Tirant online, 2000, Tirant Online, 2000, (ref. de 12 de enero 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el Derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*, Bosch, Barcelona, 1980.

- «El proceso civil, instituciones análogas y la llamada jurisdicción voluntaria», en *Derecho Procesal Civil*, (con Díez - Picazo Giménez) Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.
- «Proceso y Derechos Fundamentales», en *Derecho procesal: Introducción*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

DE LLERA SUAREZ - BÁRCENA, *Derecho Procesal Penal. Manual para criminólogos y Policías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- «La detención imputativa», en *El proceso penal*, Tirant Online, 2000, (ref. de 16 de febrero de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).
- «El Estatuto del detenido preventivamente», en *El proceso penal*, Tirant Online, 2000, (ref. de 19 de diciembre de 2011), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).
- «Exámenes radiológicos, extracciones y análisis de aliento, orina, sangre, pelos, uñas y otros tejidos humanos», en *El proceso penal*, Tirant Online, 2000, (ref. de 28 de agosto de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)
- «La observación de las comunicaciones: disposiciones generales», en *El proceso penal*, Tirant Online, 2000, (ref. de 1 de octubre de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).
- «Presupuestos para la intervención de comunicaciones personales», en *El proceso penal*, Tirant Online, 2000, (ref. de 1 de octubre de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

- «La observación de las comunicaciones telefónicas», en *El proceso penal*, Tirant Online, 2000, (ref. de 1 de octubre de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com),
- «La entrada en lugar cerrado: noción y posibles fines de la diligencia», en *El proceso penal*, Tirant Online, 2000, (ref. de 14 de mayo de 2013), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).
- «Auto de entrada y registro en domicilio: contenido indispensable del auto», en *El proceso penal*, Tirant Online, 2000, (ref. de 14 de mayo de 2013), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).
- «La correlación entre acusación y sentencia: los principios acusatorio y de contradicción», en *El proceso penal*, Tirant Online, 2000, (ref. de 14 de mayo de 2013), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

DE MIGUEL SÁNCHEZ, *Secreto médico, confidencialidad e información sanitaria*, Marcial Pons, Barcelona, 2002.

DÍAZ BARRADO, «El marco jurídico – internacional de la lucha contra el terrorismo», en *Lucha contra el terrorismo y el derecho internacional*, Instituto de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, 2004.

DÍAZ PALOS y LATOUR BROTONS, «Constitución y Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1985.

ESPARZA LEIBAR, *El principio del proceso debido*, Bosch, Barcelona, 1995.

ESQUINAS VALVERDE, *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ETXEBERRIA GURIDI, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Comares, Granada, 2000.

FAIRÉN GUILLÉN, *Doctrina general del Derecho procesal*, Bosch, Madrid, 1990.

FENECH, *Derecho Procesal Penal*, Bosch, Barcelona, 1945, Vol. I.

- *El proceso penal*, Agesa, Madrid, 1982.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Observaciones al proyecto de ley de jurisdicción voluntaria de 20 de octubre de 2006*, 2007, (ref. de 1 de junio de 2009), disponible en Web: [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

FERNÁNDEZ SEGADO, «La suspensión de garantías constitucionales en la nueva constitución española», en *Revista de Estudios políticos*, nº 7, 1979.

- «La suspensión individual del ejercicio de derechos fundamentales», en *Revista de estudios políticos*, 1983, nº 35.

FIGUEROA NAVARRO, *Aspectos de la protección del domicilio en el derecho español*, Edisofer, Madrid, 1998,

FIGUERUELO BURRIEZA, *En torno al concepto de tutela efectiva de jueces y tribunales: art. 24.1 de la Constitución española*, 1983, (ref. de 18 de mayo de 2009), disponible en Web: [www.dialnet.unirioja.es](http://www.dialnet.unirioja.es).

FILIPPI, L., «Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione. Profili processuali», en *Dir. Pen. e proc.*, 2002.

FRANCO ARIAS, «La entrada en lugar cerrado», en *Justicia Revista de Derecho Procesal*, 1988, Vol. III.

FRIGO, «Le nuove anomalie intaccano l'edificio in restauro», en *Guida al diritto*, 2001, nº 42.

GARCÍA CALVO y REINARES, «Procesos de radicalización violenta y terrorismo yihadista en España: ¿cuándo? ¿dónde? ¿cómo?», en *DT*, 16/2013, (ref. de 18 de diciembre de 2013), disponible en Web: [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org).

GARCÍA MORILLO, «El derecho a la tutela judicial», en *Derecho Constitucional*, Tirant Online, 2000, Vol. I, (ref. de 1 de mayo de 2009), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

GIL-ROBLES, *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

GIMENO GAMARRA, «Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1953, nº 2.

GIMENO SENDRA, *Fundamentos de Derecho procesal (jurisdicción, acción y proceso)*, Civitas, Madrid, 1981.

- *Constitución y Proceso*, Tecnos, Madrid, 1988.
- «Los principios del proceso penal (I)», en *Derecho Procesal. Proceso Penal*, (con Moreno Catena y Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, Vol. II.
- «Las partes acusadoras», en *El Nuevo proceso Penal, Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, (con Almagro Nosete, Cortés Domínguez y Moreno Catena), Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- «El derecho a un proceso laboral con todas las garantías», en *El proceso laboral en la jurisprudencia del tribunal Constitucional*, Cuadernos de Derecho Judicial 1996, nº XVII.
- *El proceso de Habeas Corpus*, Tecnos, Madrid, 1996.
- «La conformidad «premiada» de los juicios rápidos», en *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2004, nº 5.
- *Los nuevos juicios rápidos y de faltas: (con doctrina, jurisprudencia y formularios)*, (con López Coig), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.
- *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2007.
- «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: los casos «BOTÍN» y «ATUTXA»», en *Diario La Ley*, 2008, (ref. de 22 de marzo de 2013), disponible en Web: [www.diariolaley.laley.es](http://www.diariolaley.laley.es).
- *Manual de Derecho Procesal Penal*, Colex, San Fernando de Henares, 2008.
- *Manual de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2009.
- «La prueba preconstituida de la policía judicial», en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 2010, nº 22, (ref. de 1 de octubre de 2012), disponible en Web: [www.raco.cat](http://www.raco.cat).

GÓMEZ COLOMER, «Concreciones en torno al registro domiciliario en el proceso penal español», en *Revista de Derecho procesal*, 1993, nº 13.



- GÓMEZ COLOMER, *Constitución y proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1996.
- «La jurisdicción voluntaria», en *Derecho Jurisdiccional, Proceso Civil*, (con Montero Aroca, Montón Redondo y Barona Vilar), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- «El procedimiento preliminar (La instrucción)», en *Derecho jurisdiccional III, Proceso Penal*, (con Montero Aroca, Montón Redondo y Barona Vilar), Tirant lo Blanch, 2007.
- GÓMEZ COLOMER Y ESPARZA LEIBAR, *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales. Estudio particularizado teórico – práctico sobre los privilegios procesales de los altos cargos, autoridades y funcionarios públicos en el proceso penal español y en el derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- «La defensa», en *Derecho jurisdiccional III, Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, vol. III.
- «El juicio oral», en *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, Vol. III.

GONZÁLEZ CANO, «La mediación penal en España», en *La mediación penal para adultos*, (Dir. BARONA VILAR), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, «Entrada y registro en domicilio», en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, (con Asencio Mellado), Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1993.

GÓMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal penal*, Madrid: [s.n.], 1972.

- *Derecho Procesal Civil*, Madrid, [s.n.], 1979, Vol. I.

GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 2001.

GONZÁLEZ PILLADO y FERNÁNDEZ FUSTES, *La intervención de la víctima en el proceso penal*, 2004 (ref. de 26 de abril de 2013), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

GÓNZALEZ- TREVIJANO, *La inviolabilidad del domicilio*, Tecnos, Madrid, 1992.

GRIMA LIZANDRA, *El derecho de defensa y el derecho de asistencia letrada en las detenciones policiales*, Tirant Online, 2005, (ref. de 20 de abril de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

GUASP DELGADO y ARAGONESES ALONSO, *Derecho Procesal Civil*, Civitas, Madrid, 2002, Tomo I.

GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, Civitas, Madrid, 1985.

GUTIERREZ-ALVIZ CONRADI, «Aspectos básicos del derecho de defensa», en *Revista de Derecho procesal iberoamericana*, 1973, nº 4.

- «El derecho a la defensa y a la asistencia de abogado», en *Derechos Procesales Fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, D.L., Madrid, 2005.
- *El derecho de defensa y la profesión de abogado*, Atelier, Madrid, 2012.

GUZMÁN FLUJA, «Una reflexión sobre la representación procesal del extranjero en el proceso Contencioso-Administrativo», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2005, nº 672.

- *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- «La anticipación y la prueba penal» en *Prueba y Proceso Penal*, Tirant Online, 2008, (ref. de 21 de junio de 2013), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996.

IGLESIAS CANLE, *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Colex, Madrid, 2003.

INFORME ANUAL DEL MECANISMO CONTRA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA, “*La prevención de la tortura a través de un mecanismo nacional*”, Defensor del Pueblo, Madrid, 2010.

JIMÉNEZ ASENJO, «Derecho Procesal Penal», en *Revista de Derecho Privado*, 1949, Vol. I.

JORGE BARREIRO, *El allanamiento de morada*, Tecnos, Madrid, 1987.

KALDOR, «El terrorismo como globalización regresiva», en *Cuadernos del Sureste*, nº XII, 2004.

KRUEGER y MALECKOVA, «Education, Poverty and Terrorism: Is There a Causal Connection?» *The Journal of Economic Perspectives*, 2003, Vol. 17, nº 4.

LAMARCA PÉREZ, *El tratamiento jurídico del terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

- «Una alternativa a la solución judicial de los conflictos: la mediación penal», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2007, nº 44.

LAUDI, M., «Per combattere il terrorismo internazionale l'Italia rinnova i suoi strumenti investigativi», en *Guida al diritto*, 2001, nº 42.

LEONE, *Manuale de Diritto Processuale Penale*, Jovene, Napoli, 1973.

LÓPEZ ORTEGA, «Contradicción y defensa (Cinco cuestiones sobre prueba penal, precedidas de una introducción sobre la eficiencia del proceso penal)», en *La generalización del Derecho Penal de excepción: tendencias legislativas, Estudios de Derecho Judicial*, 2007.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991.

LÓPEZ YAGUES, *La inviolabilidad de las comunicaciones del abogado defensor*, Tirant Online, 2003, (ref. de 12 de octubre de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

LORCA NAVARRETE, «La garantía procesal del derecho al recurso», en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2008, Vol. 20, nº 3.

MARTÍ MINGARRO, *Crisis del Derecho de Defensa*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

MARTÍN PALLÍN, «Perspectiva de futuro, la prueba y el Jurado», en *Estudios del Ministerio Fiscal*, Madrid, 1995, nº II.

MATIA PORTILLA, «Derecho comunitario y Derecho nacional. La protección de la inviolabilidad del domicilio», en *Revista general de Derecho*, 1992, nº 573.

- *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

McCUE, «Terrorism as a failed brand», *TEDTV*, 2012, (ref. de 1 de noviembre de 2012), disponible en Web: [www.tedtv.com](http://www.tedtv.com).

MELCHIONDA, «La legislación italiana en materia de terrorismo: experiencia y balance» en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

MELILLO, G., «Le recenti modifiche alla disciplina dei provvedimenti relativi ai delitti con finalità di terrorismo o di eversione», en *Cass. pen.* 2002.

MINISTERIO DE DEFENSA, *Estrategia de Seguridad Nacional, Un proyecto compartido*, mayo 2013, (ref. de 1 de junio de 2013), disponible en Web: [www.defensa.gob.es](http://www.defensa.gob.es).

MIRA ROS, *Régimen actual de la conformidad*, Colex, Madrid, 1998.

MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria*, 1997, (ref. de 10 de octubre de 2011), disponible en Web: [www.vlex.com](http://www.vlex.com).

MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso*, 2ª edición, Tecnos, 1979.

- «Las cintas magnetofónicas como fuentes de prueba», en *Revista Poder Judicial*, 1983, nº 7.
- *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal: (un estudio jurisprudencial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- «El significado actual del llamado principio acusatorio», en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

- «La Jurisdicción», en *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), 15ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Vol. 1.
- «Estructura del proceso» en *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, Tirant, Valencia, 2007.
- «Principio acusatorio y prueba», en *Prueba y proceso penal*, Tirant Online, 2008, (ref. de 21 de noviembre 2011), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).
- «Introducción», en *Derecho jurisdiccional, Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, Vol. III.

MONTÓN REDONDO, «El juicio oral», en *Derecho Jurisdiccional, Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, Vol. III.

MORENO CATENA, *La defensa en el Proceso Penal*, Civitas, Madrid, 1982.

- *Sobre el contenido del derecho fundamental a la tutela efectiva*, Poder judicial, 1984, nº 10.
- «La intervención de las comunicaciones personales en el proceso penal», en *La reforma de la justicia penal (estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 1997.
- «Algunos problemas del derecho de defensa», en *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica de Publicaciones, Madrid, 1989.
- La prueba sumarial anticipada (II)», en *Derecho Procesal Penal, Proceso Penal*, (con Gimeno Sendra y Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- *Derecho Procesal Civil. Parte general*, (con Almagro Nosete, Gimeno Sendra y Cortés Domínguez) Colex, Madrid, 2000.
- «La defensa», en *El proceso penal*, Tirant Online, 2000, (ref. de 17 de noviembre de 2008), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).
- «La posición del imputado durante el proceso», en *El proceso penal*, Tirant Online, 2000, (ref. de 16 de febrero de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

- «La imputación en el proceso penal», en *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, (con Cortés Domínguez y Gimeno Sendra), Colex, San Fernando de Henares, 2003.
- «Representación y defensa» en *Derecho Procesal Administrativo*, (con Gimeno Sendra y Sala Sánchez), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.
- «La exigencia constitucional del ejercicio de la jurisdicción: la exclusividad», en *Introducción al Derecho Procesal*, (con Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- «Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal» en *Prueba y Proceso Penal*, Tirant Online, 2008, (ref. de 27 de junio de 2013), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).
- «La Jurisdicción y el Poder Judicial», en *Introducción al Derecho Procesal*, (con Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- «Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales», en *Teoría y Derecho*, Tirant Online, 2010, (ref. de 10 de julio de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).
- «Las medidas cautelares. La detención», en *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- «Actos de investigación reservados a la instrucción judicial», en *Derecho procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MUÑOZ CONDE, *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

MUÑOZ CUESTA, *Obtención de muestras del inculpado contra su voluntad*, 2006, (ref. de 20 de enero de 2012), disponible en Web: [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es).

MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*, Praxis S.A., Barcelona, 1997.

NOYA FERREIRO, *La intervención de comunicaciones orales directa en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ORLANDI, «La lucha procesal penal contra la criminalidad organizada en Italia» en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

- ORTEGA LLORENTE, «El secreto profesional médico: garantía a la intimidad y límite de la investigación penal», en *Jueces para la Democracia*, 1999, nº 36.
- ORTELLS RAMOS, «El procedimiento preliminar», en *Derecho jurisdiccional III, Proceso Penal*, (con Montero Aroca, Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), J. M. Bosch, Barcelona, 1991.
- PECCIOLI, A., «Lotta agli attentati terroristici mediante ordigni esplosivi: le modifiche al codice penale», en *Dir. pen. e proc.*, 2003.
- PFANNER, «Asymmetrical warfare from the perspective of humanitarian law and humanitarian action», *International Review of the Red Cross*, 2005, Vol. 87, nº 857.
- PIEMONTESE, y QUATTROCOLO, S., «Disposizioni urgenti» di contrasto al terrorismo internazionale», en *Legislazione Penale*, UTET, Torino, 2002.
- PIEMONTESE, RUGGIERI, QUATTROCOLO y MANZIONE, «Commento al D.I. 18.10.2001 nº 374», en *Legislazione Penale*, UTET, Torino, 2002.
- PISTORELLI, «Intercettazioni preventive ad ampio raggio ma inutilizzabili nel procedimento penale», en *Guida al diritto*, 2001, nº 42.
- PLANCHADELL GARGALLO, *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- PUENTE SEGURA, *La conformidad en el proceso penal español*, Colex, Madrid, 1994.
- RAMOS MENDEZ, *La jurisdicción voluntaria en los negocios del comercio*, Civitas, Madrid, 1978.
- *Enjuiciamiento criminal: octava lectura constitucional*, Atelier, D.L., Barcelona, 2006.
- REINARES, «La diversidad de la amenaza yihadista», en *Lavozdigital.es*, 2013 (ref. de 18 de diciembre de 2013), disponible en Web: [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org).

- «Reversión de la amenaza yihadista» en *Nueva Revista*, nº. 143, 2013, (ref. de 18 de diciembre de 2013), disponible en Web: [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org).
- REINARES, «El terrorismo global: un fenómeno polimorfo», en *ARI*, nº 84, 2008, (ref. de 18 de diciembre de 2013), disponible en Web: [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org).

REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo: la suspensión individual de derechos y garantías*, Colex, Madrid, 1999.

RIVES SEVA, *La diligencia de entrada y registro domiciliario*, Bosch, Barcelona, 2004.

RODRIGUEZ SOL, *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Comares, Granada, 1998.

ROS GÓMEZ, *El abogado: su reivindicación profesional*, Anales de la Universidad de Valencia, Valencia, 1927, Vol. VIII.

SAEZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, *Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal*, Santillana, D.L, Madrid, 1965, Tomo IV, Vol. II.

SALAS, «La ley patriótica USA», en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

SALIDO VALLE, *La detención policial*, Bosch, Barcelona, 1997.

SERRA DOMINGUEZ, *Estudios de Derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969.

SOLETO MUÑOZ, *La identificación del imputado: rueda, fotos, ADN,... de los métodos basados en la percepción de la prueba científica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

SORIANO SORIANO, *El derecho de Habeas Corpus*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1986.

STEPANOVA, *Terrorism in asymmetric conflict. Ideological and structural aspects*, SIPRI, Oxford, 2008.



- TAMARIT SUMALLA *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012.
- TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho: comentario a las leyes orgánicas 3 y 4 de reforma del Código Penal y de la ley de enjuiciamiento criminal*, Tecnos, Madrid, 1988.
- TIEDEMANN, «El futuro del proceso penal europeo. Aspectos de interés, en especial sobre la lucha antiterrorista», en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant Online, 2006, (ref. de 20 de agosto de 2012), disponible en Web: [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).
- TOMÉ GARCÍA, «Fase decisoria», en *Derecho Procesal Penal*, (con de la Oliva Santos, Aragoneses Martínez, Hinojosa Segovia y Muerza Esparza), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007.
- TOMÉ PAULE, «Medidas limitativas de derechos», en *Instituciones de Derecho Procesal*, (con Almagro Nosete), Trivium, Madrid, 1993, Vol. III.
- URIARTE VALIENTE, *La conformidad en el procesal penal abreviado tras la reforma de 24 de octubre de 2002*, Boletín de información del Ministerio de Justicia, año 57, nº 1943, 2003.
- VARELA GÓMEZ, «El derecho al recurso en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Justicia*, 1991, nº I.
- VENTAS SASTRE, «Arbitraje y Derecho penal: ¿viabilidad de un arbitraje en Derecho penal? », en *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, Biblioteca de Arbitraje, Perú, 2007.
- VILABOY LOIS y GONZÁLEZ PILLADO, *La prueba por medio de los modernos avances científico-tecnológicos en el proceso civil*, Tecnos, Madrid, 1993.
- VÍRGALA FORURIA, «La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español», en *Revista española de Derecho Constitucional*, 1994, nº 40.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *El policía infiltrado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ZAMARRIEGO FERNÁNDEZ, «Régimen de la inviolabilidad del domicilio», en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios a la Legislación Penal, La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990, Tomo IX.